Archiv
für die
civilistische Praxis.

Sechzehnter Band. Drittes Heft.

XIII.

In Monarchieen mit landständischer Verfassung sind die Gerichte nicht befugt, die Gültigkeit der von den Monarchen ohne Mitwirkung der Landstände erlassenen Gesetze (Verordnungen) einer Prüfung und Entscheidung zu unterwerfen.

Von Linde.

In mehreren constitutionellen Monarchieen haben die Monarchen grundgesetzlich eine eigenthümliche Art von Beschränkung für die Gesetzgebung eingeführt, indem sie bestimmt haben, unter Umständen die Ausübung der Gesetzgebung von der Zustimmung der Landstände abhängig machen zu wollen. Eine Folge davon ist, daß in solchen Staaten die Art der Ermittelung dessen, was Rechtens seyn soll, insofern dabei die Gesetzgebung positiv thätig wird, eine zweifache ist. Entweder geht dem Acte der Sanction eine Mitwirkung der Landstände vorher, oder dieses ist nicht der Fall. Die Beschränkung der Gesetzgebung besteht sonach in einer eigenthümlichen Form für das Entstehen der geschriebenen Rechtsnormen. Das Maaß dieser Beschränkung ist durch die Grundgesetze nicht gleichmäßig bestimmt, deshalb ist in den deutschen constitutio-

nellen Monarchieen der Umfang der Beschränkung für die Gesetzgebung, und der Inhalt der daraus entstandenen ständischen Befugnisse durchaus nicht gleich, sondern in einem sehr auffallenden Grade verschieden. Diese Verschiedenheit regt schon den Gedanken an, daß man bei der Abfassung der Grundgesetze für die einzelnen Staaten nicht überall von demselben Grundsatze ausging, daß man sich wenigstens den Grundsatz nicht überall auf dieselbe Weise dachte, verdeutlicht in das Bewußtseyn aufgenommen hatte, daß man nicht überall durch denselben Grundsatz eine rechtliche Nothwendigkeit für die Abfassung des Grundgesetzes anerkannte, daß Verschiedenheit der Ansicht über die Folgerungen aus dem Grundsatze möglich und in der Wirklichkeit vorhanden war.

Sieht man ab von der Verschiedenheit des Inhalts, welche eine Vergleichung der verschiedenen Grundgesetze darbietet, und betrachtet, wie in jedem einzelnen Grundgesetze die Bestimmung über die Beschränkung der Gesetzgebung ausgedrückt ist, so wird der Mangel eines deutlich gedachten Grundsatzes noch sichtbarer. In vielen Grundgesetzen ist die Bestimmung kaum als eine Ausführung des Grundsatzes: daß Abgeordnete des Volks unter Umständen die Zustimmung zu Gesetzen zu geben, berechtigt werden sollen, zu betrachten; sondern sie erscheint in ihrer allgemeinen Fassung mehr, als die Anerkennung des Princips, das in seiner Ausführung sehr vieler Modifikationen fähig ist. Zeuge dafür ist die Verschiedenheit der Grundgesetze, insofern sie wirklich mehr oder weniger Schritte in das Gebiet der Ausführung gemacht haben. Liegt in diesen Andeutungen auch die Behauptung, daß nach unserer Ansicht die deutschen Grundgesetze in einem ihrer wesentlichen Theile nicht deutlich genug sind, daß sie die zu lösende Aufgabe nicht erschöpfend gelöst haben; so wolle man die Erklärung deshalb nicht auch für einen Tadel nehmen. Wir wissen wohl, daß dieser Vorwurf allen Grundgesetzen aller Zeiten gelten würde, und aus dieser historischen Thatsache allein wäre die Ueberzeugung zu schöpfen,

daß eine vollkommen deutliche Lösung der Aufgabe mit Schwierigkeiten verbunden seyn muß, die, weil sie bei aller wissenschaftlichen Anstrengung bisher nicht überwunden worden sind, auch schwer zu besiegen seyn müssen. Die Verhältnisse, unter welchen, man kann wohl sagen, alle Grundgesetze entworfen wurden, waren einer so umsichtigen Bearbeitung, wie ein Vermeiden aller Unbestimmtheit und Unvollständigkeit nothwendig erforderte, nicht günstig. In Deutschland insbesondere hatte das Begehren, den Artikel 13. der Bundesacte vollzogen zu sehen, in manchen Staaten so gespannte Erwartungen erregt, und man hatte das Volk mit der Aussicht auf den Zustand der Dinge, der aus dem Vollzug jenes Artikels hervorblühen würde, in eine wahre Unbehaglichkeit mit seinem gegenwärtigen Zustande versetzt, so daß die Fürsten, wollten sie einen Theil ihrer Unterthanen nicht in die Lage gerathen lassen, zu glauben, man halte den Weg zur irdischen Glückseligkeit ohne allen Grund verschlossen, sich wohl veranlaßt finden konnten, für schnellere Vollendung des Verfassungswerkes sich zu entscheiden, als es im Interesse der guten Sache vielleicht hätte geschehen sollen. Jede kommende Generation hat das voraus, daß sie sich das Leben der früheren zur Lehre nehmen kann. Jede spätere Ausbildung eines Grundgesetzes hat ähnliche Vortheile. Es gehört wenigstens noch die Erfahrung eines halben Jahrhunderts dazu, um gründlich darüber aburtheilen zu können, ob das Volk selbst in seiner kommenden Generation glücklicher ist, das im Besitze einer landständischen Verfassung Erfahrungen selbst machen, und zur Belehrung dienen mußte, oder das, welches die Erfahrungen für ein späteres Verfassungswerk an anderen zu sammeln Gelegenheit hatte.

Wenn ältere Grundgesetze bei gleicher, oft noch größerer Unvollständigkeit oder Unbestimmtheit als die neuern, dieses im Leben weniger fühlbar machten, so lag der Grund hauptsächlich darin, daß ein größeres Vertrauen der Regierten zur Regierung nicht überall Schwierigkeiten enstehen ließ.

daß insbesondere in Deutschland die Reichsverfassung durchgreifende Mittel darbot, entstandene Irrungen auf dem Wege der größten Ruhe zu lösen, und daß das positive Recht noch nicht mit einem Meere von Theorieen zu kämpfen hatte.

Die Wiener Schlußacte hat schon in ihrem 57. Artikel den Grundsatz festgestellt, daß, da der deutsche Bund, mit Ausnahme der freien Städte, aus souveränen Fürsten bestehe, dem hierdurch gegebenen Grundbegriffe zufolge, die gesammte Staatsgewalt in dem Oberhaupte des Staats vereinigt bleiben müsse, und der Souverän durch eine landständische Verfassung nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden werden könne. In der Verfassungsurkunde mußte der Umfang dieser Mitwirkung nun möglichst genau bestimmt werden. Wie sehr man aber auch immer diese Mitwirkung beschränkt oder erweitert, zuzugestehen, in den einzelnen Ländern die Absicht haben mogte, so viel ist immer ausgemacht, und positiv gesetzlich gewiß, daß Landstände keine gesetzgebende Gewalt in einem deutschen Bundesstaate eingeräumt erhalten haben können, und daß sie keine gesetzgebende Auctoritäten in dem Sinne sind.

Ist in den Verfassungsurkunden der Umfang der Mitwirkung der Stände bei Acten der Gesetzgebung nicht in dem Maaße deutlich bestimmt, daß eine Verschiedenheit der Ansicht vermieden wird, so kann diese Meinungsverschiedenheit nur durch Erörterungen zwischen der Regierung und den Landständen erledigt werden, und sie kann, wenn eine Erledigung zur beiderseitigen Zufriedenheit nicht zu erwirken steht, dahin führen, daß der verantwortliche Staatsbeamte in den Anklagestand versetzt wird; aber niemals kann irgend eine Staatsbehörde, und also auch kein Gericht, eine Entscheidung darüber sich anmaßen, ob der Regent durch die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt, Concessionen, die er grundgesetzlich den Landständen gemacht, beeinträchtigt habe. Die Rechte der Landstände zu vertreten ist in einem solchen Falle niemand befugt, als die Landstände selbst.

Es gehört deshalb gewiß zu den auffallendsten Verirrungen mancher Rechtsgelehrten unserer Zeit, wenn sie mit dem formellen Unterschiede der Acte der gesetzgebenden Gewalt eine Befugniß der Gerichte in Verbindung gebracht haben, wornach diese sich ein Urtheil darüber sollen anmaßen dürfen: ob eine Anordnung, welche ohne Mitwirkung der Landstände getroffen worden ist, nach den Bestimmungen des Grundgesetzes mit Zustimmung der Landstände hätte getroffen werden sollen, und von diesem Urtheile es abhangen lassen, ob die Gerichte die Anordnung bei der Rechtssprechung befolgen oder nicht befolgen sollen.

Wenn es noch keinem Juristen eingefallen ist zu bezweifeln, daß in Staaten ohne landständische Verfassung, die Gerichte unbedingt verbunden sind, die von der gesetzgebenden Gewalt sanctionirten Verordnungen, sobald sie vorschriftsmäßig promulgirt und publizirt sind, anzuwenden, und nicht befugt sind, ein Urtheil über die Zulässigkeit der Verordnung zu fällen; so muß, wenn in Staaten mit landständischer Verfassung das Gegentheil gelten soll, der Grund in dieser Staatsverfassung liegen. Nun behauptet man in der That, daß darin der Grund auch wirklich liege, ohne es jedoch bewiesen zu haben, oder auch nur beweisen zu können. Wir werden in der folgenden Darstellung die verschiedenen Versuche, den Beweis zu erbringen, einer Prüfung unterwerfen.

Die nächste Veranlassung zu diesen Bemerkungen und zu der nachfolgenden Abhandlung fand der Verfasser in der vom Herrn Geheimenrath Zachariä im vorigen Hefte dieses Archivs mitgetheilten Erörterung über denselben Gegenstand. Man durfte annehmen, die Hauptfrage sey durch die rechtskräftig gewordenen Aussprüche mehrerer angesehener Gerichtshöfe in Deutschland auf eine Weise erledigt worden, welche für die nun von Zachariä [1]) wieder vertheidigte

1) M. sehe Archiv für civilist. Prax. B. 16. Heft 2. S. 165. Note 13.

Ansicht keine abermalige Vertheidigung erwarten ließ. Jedenfalls erfordert es die hohe Wichtigkeit des Gegenstandes, bei Bearbeitung desselben nicht unberücksichtigt zu lassen, wie die Theorie und die Gerichtshöfe denselben angesehen und behandelt haben.

Schon Zachariä hat einen Schriftsteller, welcher sich gegen die Competenz der Gerichte in Fällen der fraglichen Art erklärt, angeführt, nämlich Schweitzer [2]; hinzuzufügen sind noch Mittermaier [3], Jordan [4], den Zachariä freilich für das Gegentheil anführt, Schmid [5), so wie Weber und mehrere Ungenannte, von welchen höchst wichtige Erörterungen über unseren Gegenstand in der deutschen Vaterlandszeitung erschienen sind [6]. Für die Compe-

---

2) In Adolph Martins Jahrbüchern der Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen. Neustadt a. d. O. 1829. Jahrg. III. Heft 3. S. 297 — 321.

3) Archiv für civilist. Praxis. B. 4. S. 334 f.

4) Archiv für civilist. Prax. B. 8. S. 214. Ueber den Inhalt dieser Stelle werden wir unten etwas Näheres anführen.

5) Lehrb. des gem. deutschen Staatsrechts. Jena 1821. §. 75. 76. Dieser Schriftsteller ist auch wohl nur mißverstanden von einem Ungenannten in der allgem. jurist. Zeitung v. J. 1829. N. 43., der zwar dem, auch von Zachariä mitgetheilten Urtheile des Leipziger Schöppenstuhls im Resultate für den concreten Fall beitritt, aber aus andern Gründen, und bemerkt: „Der Grundsatz des Leipziger Erkenntnisses bleibt denn doch wohl anfechtbar.“

6) Man sehe: Teutsche Vaterlandszeitung, redigirt von Hauptmann Pabst, Jahrgang 1833. N. 9. 10. 12. 16. 17. 19. 20. 21. 24. Die meisten dieser Abhandlungen sind besonders abgedruckt in einer eignen Schrift, unter dem Doppel-Titel: „Beiträge znm constitutionellen teutschen Staatsrechte.“ Darmstadt 1833. Heft 2. und „Ueber das Recht der Regierungen constitutioneller Staaten in Bezug auf Organisation der Gerichte, und über die Competenz der letzteren, die Gültigkeit der von den Regenten, ohne ständische Mitwirkung erlassenen Verordnungen ihrer Prüfung und Entscheidung zu unterwerfen. Darmstadt 1833.“ Man hat mir die Ehre erzeigt,

tenz der Gerichte hat Zachariä angeführt: einen Ungenannten [7] und Adolph Martin [8]; hinzuzufügen sind: ein Ungenannter [9], sodann Pfeiffer [10] und noch ein Ungenannter [11].

Auch hat Zachariä einige Fälle angeführt, in welchen die Frage in der Praxis zur Sprache gekommen ist. Wir werden Gelegenheit haben, im Verlaufe der folgenden Darstellung auf mehrere andere Entscheidungen der Gerichtshöfe zurückzukommen. Vorerst wollen wir uns über den Stand der Streitfrage in ihrer historischen, positiv-gesetzlichen und wissenschaftlichen Entwicklung äußern.

Es ist eine alte Streitfrage: ob und welcher Antheil den Landständen bei Abfassung neuer, oder Aenderung alter Landesgesetze gebühre? Früh schon sprachen Schriftsteller den

---

zu verbreiten, daß ich der Begründer der teutschen Vaterlandszeitung sey, und die meisten Beiträge selbst liefere. Das Eine wie das Andere würde mir, wenn es wahr wäre, zu einem großen Verdienste angerechnet werden müssen, da jene Zeitung wohl die gediegendste, freisinnigste und unpartheiischeste von allen jetzt erscheinenden ist. Selbst bei der Ueberzeugung, daß man jene Meinung nicht deswegen verbreitet hat, um meinen literarischen Bemühungen Anerkennung zu verschaffen, oder das gedachte Blatt dadurch zu empfehlen, kann ich dem Ausrufer jener falschen Nachricht nicht böse seyn, sondern nur bedauern, daß ihm die untergeordnete Rolle eines Ausschellers zugetheilt ist; denn daß der Mann aus eigener Ueberzeugung so handeln sollte, halte ich nicht für möglich, so lange nicht, als ich nicht glaube, daß Jemand, der nur die Bildung eines Dorfschulmeisters besitzt, fähig sey, die Leistungen eines Universitätsprofessors richtig zu beurtheilen.

7) In Martins Jahrbücher. Jahrg. 3. Heft 3. S. 264 — 267.

8) Daselbst S. 268 — 270.

9) In der allgemeinen juristischen Zeitung vom Jahr 1829. N. 43. S. 170 a. Ende.

10) Pfeiffer practische Ausführungen. B. 3. S. 279 f.

11) In der teutschen Vaterlandszeitung vom Jahr 1833. N. 20. 21.

Landständen der Regel nach alles Recht darüber ab [12]), während andere als Regel annahmen, daß den Landständen ein wirkliches Einwilligungsrecht zustehe [13]). Aber schon in jener ältern Zeit konnte ein solcher Streit, wenn man, wie es wirklich geschah, die Frage allgemein aufwarf, zu keinem brauchbaren Resultate führen, weil die Frage nach der bestehenden Verfassung der einzelnen Länder allein entschieden werden konnte. Eine solche Analogie von den Reichsständen entlehnt, paßte nicht, denn zwischen Reichs- und Landständen war von jeher ein wesentlicher Unterschied. Landstände waren Privatpersonen, Reichsstände Herren, die Land und Leute regierten; und während den Reichsständen eine Mitherrschaft, Mitregierung zustand [14]), konnte davon bei Landständen gar keine Rede seyn. In den ältesten Zeiten, in welchen die Gerichte ihrer ganzen Verfassung nach zugleich gewissermaßen das Recht schafften, war das Verhältniß der richterlichen Behörden zur gesetzgebenden Gewalt ohnehin in demselben Maaße, in welchem es practisch interessant war, theoretisch gar nicht aufgeklärt. Die Autonomie der frühern Zeit lag in den Händen des Richters und seiner Schöffen. Ergänzung und zeitgemäße Veränderung des Rechts gehörte wesentlich zum Amte des Richters. Das eigentliche Gesetzbuch war das Bewußtseyn der Schöffen über den Rechtszustand selbst da noch, als es schon geschriebene Gesetze und Gewohnheiten gab, die ja auch aus autonomischen Rechtsnormen hervorgegangen waren. Wenn Richter und Schöffen das Recht nicht zu finden vermogten, so holte man vom höhern Richter Belehrung [15]). Wenn diese Mittel nicht ausreichten,

---

12) Thomasius Diss. de statuum imper. potestate legislatoria contra jus commune. §. 60 seq. Cocceji jur. publ. prud. Cap. 23. §. 4.

13) Pütter auserlesene Rechtsfälle. B. 2. Th. 2. S. 1043—1047.

14) Häberlin Handb. des teutschen Staatsrechts. B. 2. S. 72.

15) „Da sie zweysprüchig in den Urtheilen, oder dieselbige nicht

dann trat die gesetzgebende Gewalt ein [16]. Erst seit dem Eingange des römischen und canonischen Rechts, und seit der größeren Ergiebigkeit der Reichsgesetze, wurde die Gewalt der Richter und Gesetzgeber schärfer unterschieden. Das Recht verlor von seiner Bildungsfähigkeit, die es unter dem Einflusse der Schöffenverfassung erlangt hatte. Die nach den fremden Rechten gebildeten Richter gewöhnten sich daran, nach Gesetzen, welche von Regenten erlassen waren, zu sprechen.

In welchem Umfange die Landesherrn in früherer Zeit die gesetzgebende Gewalt wirklich ausübten, ist schwer zu ermitteln. Selbst bei Gründung der Städte, wo die landesherrliche Mitwirkung recht sichtbar war, ist es oft schwer zu bestimmen, ob die landesherrliche Mitwirkung mehr als eine Sanction zur festern Begründung des Bestehenden, oder als eine Ausübung der gesetzgebenden Gewalt anzusehen ist [17]. Unzweifelhaft aber ist es, sagt Eichhorn [18], daß die Gewalt der Landesherrn auch die Befugniß in sich schloß, zum Behufe der Ausübung der darin liegenden Rechte Anordnungen zu treffen, also, nach den Bestandtheilen der Landeshoheit, in dieser Periode (888 — 1272.) Gesetze zu geben, welche die Ausübung der Gerichtsbarkeit, das gerichtliche Verfahren u. s. w. zum Gegenstande hatten. Gewiß ist auch, daß das eigentliche Privatrecht fast ganz außerhalb des Wirkungskreises dieser Gewalt lag, und daß sie über Gegenstände, welche sie umfaßte, nicht

verstünden, haben sie ihren Oberhof, um Urtheil zu erlernen" heißt es in alten Statuten.

16) Das Verhältniß erläutert am umfassendsten die bekannte Stelle in Wittechind Annal. Corbec. L. II. (Meibom T. I. p. 644.) über Entscheidung der Frage: ob Enkel mit ihren Onkels den Großvater beerben.

17) Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. Th. 2. §. 263.

18) Eichhorn a. a. O. §. 264.

willkührlich ausgeübt werden konnte. Aber um zu beurtheilen, in wie weit sie beschränkt wurde, sowohl durch die Rechte der Reichsregierung, als durch das Recht der Autonomie der Landsassen, die in keiner Beziehung eine willkührliche Gewalt über sich anerkannten, dazu müßten wir mehr Rechtsmonumente aus dem 12. und 13. Jahrh. haben, als bis jetzt bekannt geworden sind. Seit dem 13. bis zum 16. Jahrh. finden wir zwar die Gesetzgebung fortwährend von den Landesherrn mit den Landständen ausgeübt, aber die Grenzen für die Nothwendigkeit landständischer Theilnahme durchaus nicht bestimmt. Ueber Gegenstände des bürgerlichen Rechts verbreitet sich die Landesgesetzgebung selten, am häufigsten über Gerichtsverfassung, dann aber auch ohne Concurrenz der Landstände [19]. Seit dem 16. Jahrh. bildete sich häufiger die Sitte, von dem Kaiser die Confirmation landesherrlicher Gesetze nachzusuchen. Der Grund lag darin, daß die Landeshoheit, so weit sie ein Majestätsrecht enthielt, der kaiserlichen Aufsicht untergeordnet war, und weil die Reichsgerichte alsdann nicht Bedenklichkeiten, wegen entgegenstehender Prohibitivgesetze gegen die landesherrlichen Gesetze, erregen konnte. Denn daß den Landesherrn das Gesetzgebungsrecht, auch ohne kaiserliche Bestätigung, zustand, war anerkannt [20]. Es bildete sich aber bald eine Ansicht, welche die Gesetzgebung als ein den Reichsständen allein zustehendes Recht ansah, und nur dann die Zustimmung der Landstände für erforderlich hielt, wenn Herkommen oder Landesverträge sie für nothwendig erklärten [21].

Um einen klaren Begriff über den Umfang des landständischen Einwilligungsrechts nach der Ansicht der gediegensten

19) Eichhorn a. a. O. III. §. 427.

20) Das beweist schon die Eidesformel der C. G. O. v. 1495. für die Richter und Beisitzer. Vergl. Eichhorn a. a. O. III. §. 442. IV. §. 524. S. 327 f.

21) Eichhorn a. a. O. IV, §. 546.

Staatsrechtsgelehrten, welche man liberale Schriftsteller im edelsten Sinne des Worts nennen kann, zu geben, theilen wir hier eine Stelle aus Strubens Nebenstunden 22) mit. Sie lautet:

§. XII.

„Daß die Landstände an dem Recht, Gesetze zu geben, von alten Zeiten her Theil gehabt, lehret Ludewig in Reliquiis MSS. Tom. VII. p. 150. 151. 175. und zwar mit gutem Grunde. Es schreibet Zantfliet in Chron. beim Martene Collect. veter. scriptor. Tom. V. p. 174: Eodem anno (1317.) tota patria Leodiensis congregata apud Fexhe conniventibus cunctis una cum Leodiensi Episcopo decretum est illic et statutum, quod si quis homicidium fecerit, extra patriam proscribi et banniri debeat. Und p. 210: Anno 1335. per consensum omnium statuum patriae (Leodiensis) decretum est, et inrefragabiliter sancitum, quod quicunque hominem occidat, ipse sine remedio debeat occidi. Wie auf den Oesterreichischen Landtagen Münzordnungen gemachet worden, berichtet das Chronicum Austriacum bei dem Herrn Reichshofrath von Senckenberg Tom. V. p. 115. also:

---

22) Georg David Strube Nebenstunden. Th. 1. Abh. X. §. 12. Von den Landständen. (Darmstadt 1789.) S. 148 f. Strube gehörte bekanntlich zu den ausgezeichnetesten Staatsrechtsgelehrten seiner Zeit. Pütter sagt von ihm in der Literatur des deutschen Staatsrechts Th. 1. S. 894: „Ohne weder ein systematisches noch compendiarisches Werk vom Staatsrechte geschrieben zu haben, hat doch fast kein Schriftsteller größere Verdienste um diese Wissenschaft, als Strube, in dessen Schriften so viel Kenntniß von Geschichte und allen übrigen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit, und zugleich so viel practische Erfahrung, gesunde Beurtheilung, deutliche und körnichte Schreibart und methodische Ordnung mit richtigen und brauchbaren Grundsätzen des Staatsrechts vereinigt ist, als man leicht sonst in einem Staatsschriftsteller vereinigt findet." Die Nebenstunden werden ein „unvergleichliches" Werk genannt.

„Wann ein Theil dem andern nicht wolte nachgeben, und „die Sachen wurd ganz zerstoßen. Dann allein der Artikel „von der Münz war zu End beschlossen und verbriefet, und „ward verlassen durch den Kaiser und die Landschaft mit den „Haußgenossen zu Wien, daß sie münzen solten, und setzen, „daß die Mark haben solte lauter Silbers 5 Loth." Es gestehet auch Horn in der Sammlung zur Handbibliothek von Sachsen p. 50. wie nicht zu leugnen sey, daß bei Einführung gewisser Constitutionen und Decreten der Landschaft Rath, Gutachten und Einwilligung selten und nie übergangen worden. In den Meklenburgischen Landesreversalen d. 1621. ist versehen, daß mit Zuziehung Ritter- und Landschaft die gemeinen Landrechte in Teutscher Sprache, damit ein jeder, wie seine Sache im Gericht zu treiben, selbst verstehen könne, zusammen gebracht und abgefasset, und nach demselben in den Canzleyen und Hofgericht sententioniret und gesprochen werden soll. Wenn es die Nothwendigkeit erforderte, so könnte eben dieses fast von allen Teutschen Provinzen erwiesen werden. Die Sache scheinet ihren Ursprung fürnemlich daher zu nehmen, daß man in alten Zeiten die Gewalt der Richter und Gesetzgeber nicht sorgfältig unterschieden hat. Unsere alte Gesetze sind größtentheils Sammlungen Richterlicher Erkenntnisse, und wenn nicht nur in besondern Fällen, sondern überhaupt die Frage entstunde, was den Rechten und der Billigkeit gemäß sey, so überließe man dessen Beurtheilungen den Schöppen, welche in wichtigen Sachen gemeiniglich aus der Landschaft genommen wurden. Auch durfte keine Landesobrigkeit durch willkührliche Gesetze ihrer Unterthanen Frey- und Gerechtigkeiten schmälern. Um demnach allen Streit darüber zu vermeiden, ob solches durch die einführende Ordnungen geschehen, so erforderten die Landesherren der Stände Gutachten, ehe sie zu deren Publication schritten. Unsere Fürsten gebrauchen zwar das Recht Gesetze zu geben, mehr als ihre Vorfahren. Sie dürfen jedoch wider die mit der Landschaft errichtete Verträge nichts ordnen. Denn wozu

nützeten diese, wenn die daher entspringende Befugnisse der Unterthanen durch Gesetze aufgehoben werden könnten, so oft die Landesobrigkeit dafür hält, oder zu glauben vorgiebet, daß solches die gemeine Wohlfart erfordert. Ist gleich keine Zuziehung der Stände in den Landesverträgen erfordert, wenn der Landesherr Gesetze machen will, so haben jedoch selbige zu widersprechen Ursach, dafern z. E. man dem Adel die hergebrachte Steuerfreiheit, oder seine in den Landtagsabschieden gegründete Braugerechtigkeit durch eine Landesordnung nehmen, und etwas die Reguln der Gerechtigkeit verletzendes einführen wollte. Hingegen darf man Widerspruch der Landschaft nicht immer beachten, wenn schon nach der Landesverfassung die Gesetze ein Vorwurf der landschaftlichen Berathschlagungen sind, und die Stände dafür halten, daß eine Verordnung, welche der Landesherr machen will, denen Reguln der Klugheit zuwider läuft, dafern dieser aller Vorstellungen ohngeachtet eine andere Meinung hegt. Gemeiniglich wird nur jener Zuziehung und Rath erfordert, welchem allemal zu folgen, kein Fürst verbunden ist. Wäre aber auch ihre Einwilligung nöthig, so können sie jedoch solche zum Nachtheil des gemeinen Wesens nicht versagen, sondern zu deren Ertheilung sowohl, als die nöthigen Steuren aufzubringen, durch rechtliche Mittel angehalten werden."

In späteren Grundgesetzen wurde, ähnlich wie in neuern Verfassungsurkunden, den Landständen ein Einwilligungsrecht bei der Gesetzgebung ausdrücklich zugestanden [23]. Am interessantesten ist in dieser Beziehung der Mecklenburgische Landsgrundvergleich, worin es heißt:

„§. 191. Wenn es der Wohlstand und die Ruhe einer jeden Regierung erfordert, daß die Grenzen der landesfürstlichen Macht, Gesetze zu geben, ihre gemessene Bestimmung haben; so ist von Uns, um auch hierunter die Wohlfahrt

---

23) M. s. Pütter auserlesene Rechtsfälle. B. 2. Th. 3. S. 1043 f. Vollgraff System der pract. Politik. Th. 4. S. 448 f.

und Zufriedenheit Unserer Unterthanen aller Stände zu befördern, folgendes nach den Regeln der natürlichen Billigkeit und der wohl hergebrachten Landes=Verfassung gemäß, in Gnaden versprochen und festgesetzt worden.

§. 192. Es theilen sich demnach die Landes=Ordnungen und Constitutiones hauptsächlich in zwo Classen. Zur ersten gehören die, welche Unsere Aemter, Domainen und Kammergüter, mithin die darin gesessene Unterthanen und Unsere eigene, in Unsern besondern Pflichten stehende Bediente, allerlei Wesens, betreffen. (Landesherrlichkeitsrechte.)

Zur andern Classe aber gehören diejenige, welche unsere gesammte Lande, mit Inbegriff der Ritter und Landschaft angehen. (Landeshoheitsrechte.)

§. 193. Was nun die erste Classe betrifft, so bleibt Uns und Unseren Nachkommen in der Regierung, darin Verordnungen, Gesetze und Constitutiones bester Unserer Gelegenheit und Willkühr nach, zu machen und ergehen zu lassen, allerdings unbenommen und vorbehalten.

§. 194. Anlangend aber die andere Classe, so zertheilen sich die darin zu erlassende Gesetze und Ordnungen wiederum in zwei Grundsätze, nämlich:

1) in solche Verordnungen und Gesetze, welche gleichgültig, jedoch zur Wohlfahrt und zum Vortheil des ganzen Landes absichtlich und diensam sind; und hingegen
2) in solche, welche die wohlerworbenen Rechte und Befugnisse Unserer Ritter= und Landschaft, gesammt und besonders, jedoch in Ansehung des einen Theils dem andern unnachtheilich berühren.

§. 195. Wenn nun in jenen gleichgültigen, es sey in Justiz=, Polizei= und Kirchen=Sachen, oder worin es wolle, von Uns und Unseren Nachkommen eine allgemeine Landes=Verordnung und Constitution zu erlassen ist; so sollen die von Ritter= und Landschaft auf öffentlichen allgemeinen Landtagen, oder wenigstens, wenn periculum in mora, die Land=Räthe

und der ganze engere Ausschuß darüber mit ihren rathsamen Bedenken und Erachten vernommen werden. Bevor solches erstattet, ergehet die Publication der Verordnung nicht.

§. 196. Würde aber das erforderte Bedenken in der dazu von Uns gesetzten, nach Bewandniß der Umstände räumlich zu gönnenden Zeit, nicht ergehen, so bleibt Uns mit der Publication, dessen ohnerwartet, zu verfahren allerdings frei und unbenommen.

§. 197. Wir wollen übrigens auf der Ritter- und Landschaft, oder der Land-Räthe und des engeren Ausschusses, Vernehmlassung und Erinnerungen (Wünsche und Anträge?) alle billigmäßige landesväterliche gnädigste Aufmerksamkeit wenden und im Werk spüren lassen: jedoch Unserem landesfürstlichen hohen Juri statuendi mit solcher gnädigen Vernehmung nichts vergeben.

§. 198. In letzterem Falle aber (§. 194.) da die zu erlassende Verordnung den Gerechtsamen Unserer Ritter- und Landschaft entgegen laufen, oder von deren Minderung oder Abänderung die Frage seyn sollte, wollen und sollen Wir und Unsere Nachkommen ohne Unserer Ritter- und Landschaft ausdrückliche Bewilligung nichts verhängen.

§. 199. Gestalt Wir hiermit in Gnaden zusagen, daß Wir in Landes-Constitutionen, ohne vorhergegangene öffentliche Anträge und Berathschlagungen auf allgemeinen Landtägen und darauf erfolgte freie Bewilligung Unserer Ritter- und Landschaft, irgend etwas, welches ihren habenden Privilegien, Reversalen, Gerechtigkeiten und Verträgen zuwider, keinesweges verordnen noch der Ritter- und Landschaft etwas neuerliches auflegen, weniger die auf Unsere Domainen und Kammergüter gerichtete Constitutiones auf Ritter- und Landschaft ausziehen (ausdehnen), noch darnach in Unseren Gerichten gegen Ritter- und Landschaft erkennen lassen wollen. Wie denn alles, was dem zuwider, bisher geschehen, hiermit aufgehoben und abgestellet seyn soll.

§. 200. Uebrigens behalten Wir Uns und Unserer Ritter- und Landschaft hiermit ausdrücklich bevor, die hiebevorigen Verordnungen und Constitutiones, in Gleichförmigkeit dieser Grundsätze resp. nach vorgenommener Rath-Pflegung und Beliebung, den jetzigen Zeiten allenthalben gemäß zu machen und solche nach Gelegenheit zu ändern, zu bessern, zu erläutern, zu erklären und zu vermehren."

Schon zur Zeit der Reichsverfassung bestand sonach ein Unterschied zwischen Gesetzen und Verordnungen in dem Sinne, daß in vielen Fällen solche Regeln vom Fürsten nur mit Zustimmung der Landstände, in andern aber auch ohne solche Zustimmung gegeben werden konnten. Es ist deshalb historisch unrichtig, wenn Zachariä [24]) behauptet, daß erst seitdem neuerlich in mehreren deutschen Staaten eine auf den Grundsätzen des Repräsentativsystems beruhende Verfassung eingeführt worden, in diesen Staaten ein Unterschied zwischen Gesetzen und Verordnungen in dem Sinne bestehe, daß mit dem Worte Gesetz Regeln bezeichnet werden, welche der Fürst mit Zustimmung der Kammern (oder der Stände) und mit dem Worte Verordnung Regeln, welche er kraft seiner landesfürstlichen Gewalt, oder kraft der Prärogativen der Krone vorgeschrieben habe. Es ist nicht einmal richtig, daß die neuern Verfassungsurkunden die Worte Gesetz und Verordnung in dem Sinne ausschließlich gebrauchen, und die Begriffe so fest bestimmen, und dadurch die Terminologie so fixirt haben, wie Zachariä behauptet. Daß es nicht gleichgültig ist, auf diesen Irrthum aufmerksam zu machen, leuchtet ein, weil daraus wichtige practische Folgen abgeleitet werden können. Um die Unrichtigkeit der jenseitigen Ansicht nachzuweisen, braucht man nur an die hierher gehörigen Bestimmungen einiger deutschen Verfassungsurkunden zu erinnern:

Wenn z. B. 1) Nassau mit Hinweisung auf namhafte Gesetze und Einrichtungen erklärt, einseitig keine Abän-

24) Im Arch. f. civ. Prax. B. 16. S. 146.

derung zur Beschränkung der darin bestimmten Rechte verfügen zu wollen, und verspricht, wichtige, abermals namhafte Gegenstände betreffende neue Landesgesetze nur mit Zustimmung der Stände geben zu wollen;

2) Schwarzburg-Rudolstadt die Wirksamkeit der Repräsentation des Volks auf die Berathung über alle Gegenstände der Gesetzgebung, welche namhafte Gegenstände betreffen, beschränkt;

3) Lippe-Schaumburg den Landständen nur das Recht einräumt, über die zu erlassenden allgemeinen Landesgesetze ihr Gutachten abzugeben, und nur dann, wenn sie auf die Landesverfassung einen wesentlichen Einfluß haben, die Einwilligung der Landstände für nothwendig erklärt;

4) Waldeck bestimmt die Gegenstände bezeichnet, rücksichtlich welcher Gesetze und Anordnungen, von der Berathung und Einwilligung der Landstände abhängig seyn sollen, aber daneben ausdrücklich sich vorbehält: bei allen übrigen Landesgesetzen, nur Rath und Gutachten der Stände einholen zu wollen; und in den Fällen, in welchen Einwilligung der Landstände für nothwendig erklärt worden ist, sich vorbehält, wenn diese Einwilligung nicht zu bewirken seyn sollte, die Verhandlungen an eine auswärtige Juristenfakultät oder an das Appellationsgericht zu versenden [25];

5) Sachsen-Weimar-Eisenach, das Einwilligungsrecht der Landstände auf neue Gesetze über bestimmte Gegenstände und nach dem geographischen Umfange der beabsichtigten Anwendbarkeit beschränkt;

6) Baiern die Zustimmung der Stände auf allgemeine neue Gesetze über namhafte Gegenstände beschränkt;

---

25) Landesvertrag v. 19. April 1816. §. 29.

7) Baden gleichfalls eine Beschränkung auf allgemeine neue Landesgesetze über namhafte Gegenstände anordnet;

8) Lichtenstein den Ständen ausdrücklich keine Theilnahme an der Gesetzgebung erlaubt;

9) Sachsen-Coburg-Saalfeld eine Zustimmung der Stände nur bei Gesetzen über bestimmte Gegenstände forderte;

10) Sachsen-Meiningen das Recht der Zustimmung der Stände auf Verordnungen und Gesetze über bestimmte Gegenstände beschränkt, und die Zustimmung nur mit einer bestimmten Majorität versagen läßt;

11) Sachsen-Altenburg ausdrücklich unterscheidet: Gesetze bei denen Zustimmung der Landstände erforderlich, und Gesetze, wo solche Zustimmung nicht erforderlich ist; so geht zur Genüge aus dem Inhalte dieser neuen Verfassungsurkunden hervor, daß sie die Ausdrücke Gesetz und Verordnung nicht in dem von Zachariä behaupteten Begriffe gebraucht haben, daß Regeln, die nur mit Zustimmung der Stände vorgeschrieben werden können, Verordnungen, und Regeln, die auch ohne Zustimmung erlassen werden können, Gesetze genannt sind.

Es sind nur wenige Verfassungsurkunden, von welchen nicht ohne Schein behauptet werden kann, daß sie die Terminologie so festgestellt haben, wie Zachariä als allgemein geschehen, behauptet. Dahin gehören die königlich Würtembergische, die großherzoglich Hessische, die Kurhessische und königl. Sächsische. Aber daraus, daß diejenigen Regeln, welche der Fürst mit Zustimmung der Stände erläßt, Gesetze, und die, welche er ohne solche Zustimmung erläßt, Verordnungen genannt sind, läßt sich noch gar nicht ableiten, welche Regeln sich nun nothwendig zu Gesetzen in diesem Sinne, und welche zu Verordnungen qualificiren. Denn nach dem Sprachgebrauche dieser Verfassungsurkunden kann man,

wenn der Fürst Regeln vorgeschrieben, und, was z. B. im Großherzogthum Hessen nicht einmal nothwendig ist, bemerkt hat, daß die Regeln mit Zustimmung der Stände vorgeschrieben seyn, nun zwar wissen, daß diese Regeln als Gesetz zu betrachten sind, aber dieses äußere Merkmal löſ't die Frage nicht, welche Regeln nur als Gesetze, und welche als Verordnungen erlassen werden können.

Insofern Inhalt und Umfang der Begriffe Gesetz und Verordnung aus den betreffenden Verfassungsurkunden sich nicht entwickeln lassen, müßte die Entscheidung aus dem vor der Verfassung geltenden Rechte entnommen werden, weil die Verfassungsurkunden auf dem vorhandenen Rechtszustande fortbauten, und der vorhanden gewesene Rechtszustand in allen Verhältnissen, die durch die Verfassungsurkunden nicht als abgeändert betrachtet werden können, fortbesteht. Nach dem Gebrauche der deutschen Rechtssprache ist Verordnung die allgemeine Bezeichnung für jede Norm, welche von der gesetzgebenden Gewalt im Staate erlassen ist, damit die Unterthanen sich bei ihren Handlungen darnach richten. Unter einer landesherrlichen Verordnung, sagt Glück [26], versteht man heutiges Tags überhaupt nichts anderes, als die ausdrückliche Verfügung eines Landesherrn, wodurch derselbe in Ansehung seiner Unterthanen etwas festsetzt, was geschehen oder nicht geschehen soll. Die Rechtswissenschaft hat auch, bis zur neuesten Zeit, mit den Ausdrücken Gesetz und Verordnung keineswegs Begriffe verbunden, die sich als Gattungsbegriffe zu einander verhalten; sondern die Ausdrücke sind bald als gleichbedeutend gebraucht, bald als Arten eines höhern Begriffs betrachtet. Daß diese Verschiedenheit sich in neuern Verfassungsurkunden wiederfindet, ist schon nachgewiesen.

Die Doctrin hat in neuerer Zeit zwar vielfach versucht, einen bestimmten allgemeinen Begriff von Gesetz im Gegen-

---

26) Commentar I. S. 530.

säße von Verordnung aufzustellen. Allein so lange es noch an einem Begriffe für die „Gesetzgebung des Staats“ im Allgemeinen fehlt, kann begreiflich, wenn nicht einmal die Wissenschaft jenen Begriff festgestellt hat, auch im Allgemeinen nicht entschieden werden, was in die Sphäre der Gesetzgebung gehöre und was nicht. Muß man nun zwar zugestehen, daß allgemein gültige Begriffe von Gesetzgebung und Staatsverwaltung befriedigend aufgestellt seyn müssen, um den höhern wissenschaftlichen Anforderungen gemäß das Gebiet beider Zweige vollständig bestimmen zu können, so kann diese Bestimmung gleichwohl für einzelne Staaten immer nur mit Rücksicht auf das, worin nach der Thatsache und Erfahrung, der in anerkannter Uebung und bewährtem Herkommen nach üblicher Weise, die Intension des Begriffs Gesetzgebung und Staatsverwaltung für einen einzelnen gegebenen Staat besteht, bemessen werden. Denn wenn es auch wahr wäre, daß der Maaßstab dessen, was da seyn soll, nirgends weniger zu suchen wäre, als in dem, was da wirklich war oder wirklich noch ist [27], so würde es umgekehrt auch wahr seyn, daß das, was wirklich war, und wirklich noch ist, nirgends weniger gesucht werden könnte, als in dem, was seyn soll. Nun kann aber ein System des positiven, also für die Anwendung gesetzlich brauchbaren Rechts nicht aus dem, was seyn soll, sondern muß aus dem, was war und ist, so lange hergeleitet werden, als dieses in rechtlicher Anerkennung und Uebung besteht.

So nothwendig und so vortheilhaft es daher für die Wissenschaft ist, einen bestimmten, allgemein gültigen Begriff für die Gesetzgebung des Staats überhaupt festzustellen, so verderblich und störend würde es wirken, wenn aus der Intension einer solchen Begriffsbestimmung nun ohne weiteres,

---

27) Behr, Begriffe und Verhältniß der Staatsgesetzgebung und Staatsverwaltung überhaupt, in der Zeitschrift: die Verfassung und Verwaltung des Staats. B. 1. H. 1. S. 107.

für jeden einzelnen Staat, sofort für die practische Anwendung entschieden werden sollte, was der Gesetzgebung gerade dieses einzelnen gegebenen Staates einheimisch oder fremd sey. Wenn aber freilich eine Erörterung über das, was seyn soll, mit ächt wissenschaftlicher, also auch eben so unbefangener als mit gründlicher Kenntniß ausgerüstet, dargestellt, zu dem Resultate führte, daß das zu Erstrebende im Bestehenden, nicht blos der Anlage, sondern größtentheils sogar der Ausführung nach, schon gegeben sey, so würde freilich dadurch manche theoretische Demonstration, als das müssige Werk unpractischer Spekulation sich herausstellen. Allein an solchen Darstellungen fehlt es zur Zeit noch, und die Schwierigkeit der Ausführung wird wohl so bald nicht überwunden werden. Betrachtet man einige Versuche, die Begriffe Gesetz und Verordnung, festzustellen, so wird man sich bald überzeugen, daß damit für die Anwendung nicht nur nichts gewonnen ist, sondern nur neue Mißverständnisse im practischen Leben hervorgerufen werden.

Behr, der in seiner Abhandlung „Begriffe und Verhältniß der Staatsgesetzgebung und Staatsverwaltung überhaupt" [28], eine sehr interessante Untersuchung liefert, sagt: „als ein Act eigentlicher Gesetzgebung ist nur derjenige Act der Staatsgewalt zu betrachten, welcher eine, von dem constitutionellen Organe des Gesammtwillens, oder von der gesetzgebenden Gewalt ausgehende Urbestimmung von Bedingungen oder Mitteln zum Zwecke des Staats enthält: und durch das Merkmal der „Urbestimmung" ist, was eigentliches Gesetz sey, von einer blos executiven Ordination hinreichend zu unterscheiden; denn jede solche Ordination ist nicht eine ursprüngliche, sondern blos eine sekundaire,

28) Behr, die Verfassung und Verwaltung des Staats. Nürnberg 1811. B. 1. H. 1. S. 106 f.

durch ein schon vorhandenes Gesetz impulsirte, und unter dasselbe subsummirte, Verfügung oder Bestimmung" [29]).

Wir gestehen offen, daß uns durch diesen Begriff das Gebiet der Gesetze und Verordnungen nicht klar geworden ist, und die Beispiele, welche Behr im Verlaufe der Darstellung angeführt hat, uns noch mehr überzeugten, daß der Begriff, insofern der Urheber nur consequente Anwendungen davon gemacht haben sollte, auch nothwendig falsch seyn muß.

Pfizer geht gleichfalls von der Ansicht aus: daß in den deutschen Bundesstaaten, welche nach dem Art. 13. der Bundesacte eine landständische Verfassung haben, Anordnungen, Verordnungen, Ordinationen, von Gesetzen, nicht nur in Absicht auf die Sphäre, welcher sie angehören, sondern auch in Absicht auf ihre Entstehungsweise verschieden seyen. Nur die Gesetze sollen aus dem Gebiete der gesetzgebenden, Anordnungen oder Verordnungen aber aus dem Gebiete der vollziehenden Gewalt hervorgehen. Gesetze seyen ferner an die Beobachtung der in der Verfassung eines jeden Staats vorgeschriebenen wesentlichen Bestimmungen, wodurch die gesetzgebende Gewalt mehr oder weniger durch die Mitwirkung der Landstände bedingt sey, gebunden, indeß Verordnungen ohne Rücksicht auf diese Bestimmungen gültig seyen, wenn sie nur von einem Zweige der Staatsgewalt, welcher hierzu befähigt sey, herrühren. Daraus wird dann das Ergebniß hergeleitet: daß Verordnungen keinesweges eine allgemeine — wenn gleich aus der Natur der Sache oder dem Staatszwecke abgeleitete — sondern lediglich eine untergeordnete, aus einem bereits bestehenden Gesetze hervorgehende, unter das ausdrückliche Gesetz zu subsummirende Bestimmung, mithin eine Anwendung des im allgemeinen Bestimmten enthalten könnten.

---

29) Behr a. a. O. B. 2. H. 1. S. 97.

Man sieht gleich, daß sämmtliche Voraussetzungen, von denen Pfizer ausgeht, nicht nur unbewiesen, sondern geradezu nach dem bestehenden Rechtszustande falsch sind. Die deutsche Bundesacte hat das Gebiet der Gesetze und Verordnungen weder in materieller, noch in formeller Hinsicht geschieden; die deutschen Verfassungsgesetze haben den Unterschied nicht, so wie Pfizer behauptet, aufgestellt; nicht zu beweisen ist, daß es nur Vollziehungsverordnungen gebe, und falsch ist es, die Verordnungen nicht als Ausflüsse der gesetzgebenden Gewalt zu betrachten. Man kann zu solchen Ansichten nur durch einen willkührlich geschaffenen, zu engen Begriff von Verordnungen gerathen. Die Grundsätze werden im Verlaufe dieser Darstellung noch eine nähere Beleuchtung erhalten.

Aehnlich diesen Ansichten ist die von Schmid [30]), wenn er lehrt: „Nur durch die Zustimmung des Volks kann ein eigentliches Gesetz, d. i. in diesem staatsrechtlichen Sinne, ein Beschluß, wodurch in den anerkannten Rechtsbegriffen, in den Verhältnissen der Bürger zu ihrer Regierung, und in den staatsrechtlichen Einrichtungen des Staats eine Veränderung vorgenommen werden soll, zu Stande kommen. In der repräsentativen Verfassung unterscheiden sich dann vom Gesetz: a) die Befehle der Regierung, in ihrem eigenthümlichen Wirkungskreise, wenn sie auch allgemeine Vorschriften über die Formen und Bedingungen enthalten, in welchen die Gesetze vollzogen werden sollen (Reglements), und b) die Beschlüsse, welche einzelne Behörden (besonders Gerichte) über die Grundsätze fassen, welche sie bei ihrer Amtsthätigkeit befolgen wollen (Gemeine Bescheide, Arrêts reglementaires)."

Einen Unterschied zwischen Gesetzen und Verordnungen in diesem Sinne der Neueren kannte man, wie nachgewiesen worden ist, weder vor den neuern Repräsentativ-Verfassungen, noch ist er durch diese sanctionirt worden. Alle Darstellungen, welche von einem solchen Unterschiede ausgegangen

30) Schmid Lehrb. d. Staatsr. §. 61.

sind, und daraus Folgerungen abgeleitet haben, sind deshalb für das wirkliche Recht durchaus unbrauchbar, sie beruhen auf Voraussetzungen, die man auf ihrem Werthe und Unwerthe an dieser Stelle beruhen lassen darf, da es hier für unsere Aufgabe hinreicht zu bemerken: daß die Voraussetzungen durch klare, positiv-rechtliche, Anordnungen widerlegt sind. Gleichwohl muß man zugestehen, daß weder ältere, noch neuere Grundgesetze, welche, wenn auch nicht immer dem Worte, doch dem Wesen nach, Gesetze und Verordnungen dem Umstande nach unterscheiden, ob eine ständische Theilnahme dabei Statt gefunden habe oder nicht, nirgends die Sphäre bestimmt und durchgreifend erkennbar für die Gegenstände der Gesetze und Verordnungen, angegeben haben. Und gerade hierin liegt allerdings die größte Schwierigkeit, bestimmt anzugeben, wo das Gebiet der Gesetze und Verordnungen sich scheide. Daß ein allgemeiner, für alle Staaten Deutschlands entscheidender Grundsatz hierüber nicht aufgestellt werden kann, geht aus dem Inhalte der neuern Verfassungs-Urkunden hervor. Es muß der Grundsatz vielmehr für jeden Staat besonders ermittelt werden, und dann stößt man überall keineswegs auf gleiche Schwierigkeiten. Bei der Erforschung dieses Grundsatzes darf man sich aber natürlich nicht auf den Inhalt der allgemeinen Bestimmung der betreffenden Verfassungsurkunde beschränken, sondern muß alle diejenigen Quellen und Hülfsmittel zu Rathe ziehen, die bei Erklärung der Verfassungsurkunden überhaupt nicht entbehrt werden können. Insbesondere verdient das jus non scriptum hier ausdrücklich erwähnt zu werden, weil die s. g. stillschweigende Gesetzgebung und stillschweigenden Verträge [31]) für die Lösung unserer Frage häufig zureichenden Aufschluß geben [32]).

---

31) Schmid Staatsrecht. §. 68. 69.

32) Eine interessante Arbeit in dieser Beziehung liefert die teutsche Vaterlandszeitung vom J. 1833. in den Nummern 9. u. 10.

Um im Allgemeinen einzusehen: ob zwischen Gesetz und Verordnung ein wesentlicher Unterschied sey, und worin derselbe bestehe, muß man sich klar zu machen suchen, worin das Wesen der Gesetzgebung denn eigentlich bestehe, und wiefern die Gesetzgebung bei Verordnungen eben so gut wirksam ist, als bei Gesetzen. Hieraus allein würden sich practische Folgen für die allgemeine Gültigkeit der Verordnungen ableiten lassen.

Wenn das Wesen der Gesetzgebung in der Aufstellung einer rechtlichen Nothwendigkeit für das äußere Handeln der Bürger besteht, so ist auch blos die Anerkennung der Nothwendigkeit (Sanction), der eigentliche Act des Gesetzgebens; die Publikation und Promulgation dagegen ist ein Act des Regierens[33]). Wenn man Schmid auch zugestehen könnte: daß die Gesetzgebung, um ihren Zweck zu erreichen, das Resultat der geistigen Bildung des Volks seyn müsse, daß ihr Geschäft nicht im Hervorbringen, im Schaffen des Rechts, sondern in dem Aufsuchen, Anerkennen und Ergänzen des vorhandenen Rechts bestehe; so folgte daraus nicht, daß in dem Volke selbst der Natur der Sache nach die gesetzgebende Gewalt liege, und noch viel weniger, daß in der repräsentativen Verfassung die gesetzgebende Gewalt nothwendig und wesentlich dem Volke angehöre[34]); es würde daraus vielmehr nur folgen, daß in dem Volke das Material zur Gesetzgebung gefunden werden müsse, und daß die Güte aller, von der gesetzgebenden Gewalt ausgegangenen Gesetze darnach beurtheilt werden müßte: ob das Gesetz in der allgemeinen Anerkennung eine Grundlage gefunden habe; dagegen würde die Gültigkeit des Gesetzes hiervon keineswegs abhängig seyn.

---

von einem rheinhessischen Juristen unter der Aufschrift: „Das rheinhessische Assisenpräsidium." S. Beiträge zum constitutionellen teutschen Staatsrechte. Darmstadt 1833. Heft 2. S. 2 — 25.

33) Schmid Lehrb. des gem. d. Staatsr. §. 59.

34) Schmid Lehrb. d. Staatsr. §. 61.

Ist in der repräsentativen Verfassung nun der Grundsatz aufgestellt, daß Gesetze bestimmter Art nicht ohne Zustimmung der Volksrepräsentation erlassen werden sollen, so ist dadurch weder dem Volke, noch seinen Repräsentanten die gesetzgebende Gewalt zugesprochen, noch auch eigentlich ein Antheil an dieser eingeräumt, sondern nur die Beschränkung für die gesetzgebende Gewalt ist aufgestellt, daß kein Gesetz sanctionirt werden soll, für welches nicht erst durch die Zustimmung der Volksrepräsentation die Garantie erbracht ist, daß die beabsichtigte Gesetzesnorm in der allgemeinen Anerkennung eine recht gedeihliche Grundlage finden werde [35]. Die Theilnahme der Volksrepräsentanten an der Handlung des Gesetzgebens hat also nur Bezug auf die Form der Entstehung. Da nun, wie Jordan sehr richtig bemerkt, das Wesen der Gesetze nicht von der Form der Entstehung abhängt,

35) Wir wissen wohl, daß man den Begriff der politischen Freiheit gerade in dem Rechte gesucht hat: „das dem Volke in der Verfassung bestimmt worden, durch seine Stellvertreter bei Ausübung gewisser Hoheitsrechte, besonders der gesetzgebenden Gewalt mitzuwirken," (Gros philosoph. Rechtswissenschaft.); aber man hat dagegen schon bemerkt, daß das Ideal der politischen Freiheit nur darin gefunden werden kann, daß in einem Staate der Wille des Individuums keine andere Bestimmungen von Außen erhalte, als solche, deren Nothwendigkeit auf das ethische und rechtliche Gesetz gegründet ist; nur solche also, welche zugleich seine eigene innere seyn müssen. Diesen Begriff finden wir schon in der, häufig mißverstandenen, Instruction Katharinens II. (1769) «La liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire, ce que l'on *doit vouloir.*» Wenn das Vernunftwesen in der Außenwelt Alles kann, was es wollen soll; das Sollen aber das ethische Gesetz, die Herrschaft der reinsten geistigen Freiheit ausdrückt; so folgt natürlich, daß das Vernunftwesen bei einer solchen Hypothese auch die höchste politische Freiheit besitzen muß. Zum Bach Ideen über Recht, Staat u. s. w. Köln 1817. Th. 1. S. 45. Ancillon über den Geist der Verfassungen und dessen Einfluß auf Gesetzgebung. Berlin 1825. S. 20 f.

sondern in ihrer allgemeinen Verbindungskraft liegt [36]), und auch in repräsentativer Verfassung ein Gesetzesentwurf, welchen die Landstände angenommen haben, erst durch die Genehmigung des Fürsten Gültigkeit erhält, wirkliches Gesetz wird, und hierin die Sanction des Gesetzes liegt [37]); so unterscheiden sich vom Fürsten sanctionirte Gesetze in Bezug auf die allgemeine Verbindungskraft durchaus nicht, je nachdem ihnen landständische Zustimmung vorhergegangen ist, oder nicht.

Auch in Bezug auf Promulgation findet kein Unterschied Statt zwischen Gesetzen und Verordnungen. In Bezug auf Publikation kommt eine Formverschiedenheit alsdann vor, wenn grundgesetzlich bestimmt ist, daß der Zustimmung der Landstände ausdrücklich zu erwähnen sey. Jordan bemerkt über dieses Verhältniß mit der ihm eigenthümlichen Klarheit: „in der Monarchie gebührt dem Regenten nothwendig das Recht, die sanctionirten Gesetze verfassungsmäßig bekannt zu machen und ihre Befolgung zu befehlen (Recht der Publikation und Promulgation), wodurch dieselben erst Verbindungskraft für Alle, welche sie angehen, erlangen. Die Sanction der Gesetze erzeugt blos für die Kammern und den Regenten, nicht aber auch für die einzelnen Unterthanen, Wirkungen. Nach der Sanction können nämlich die Kammern ihre erklärte Annahme des Entwurfs nicht wieder zurücknehmen, welche zwar, wenn sie einmal förmlich erklärt ist, überhaupt nicht mehr zurückgenommen werden kann, aber doch in dem Falle, wenn die Sanction nicht erfolgt, sondern der Regent von seinem Veto Gebrauch macht, von selbst und sofort wirkungslos wird. Der Regent wird dagegen durch seine Sanction den Kammern als dem repräsentirten Volke gegenüber, zur Publika-

36) Jordan Lehrb. des allgem. und deutschen Staatsrechts. §. 186. Note 3.

37) Jordan Versuche über allgem. Staatsrecht. Marb. 1828. S. 358.

tion und Promulgation rechtlich verpflichtet, während die einzelnen Unterthanen erst durch die letzten beiden Acte schuldig werden, die Gesetze zu befolgen. Es ist aber von selbst klar, daß der Regent, wie nur sanctionirte Gesetze publiciren und promulgiren, so auch nur von den Kammern angenommene Entwürfe sanctioniren darf [38]). Hiernach läßt sich auch leicht ermessen, was zur vollen Rechtsgültigkeit und rechtlichen Vollziehbarkeit eines Gesetzes erforderlich sey, so wie es von selbst einleuchtet, daß der Regent mit Recht der (oberste) Gesetzgeber genannt werde, da die Handlungen, welche die Gültigkeit und verbindende Kraft der Gesetze bedingen, von ihm allein ausgehen können" [39]).

Besteht nun das Wesen aller Gesetze in der allgemeinen Verbindungskraft, geht diese allein von dem Regenten aus, und fällt es in die Begriffe, daß die allgemeine Verbindungskraft in demselben Maaße bei der Verordnung wie bei dem Gesetze vorhanden ist, so ergiebt sich auch, daß für alle Unterthanen Verordnungen unter allen Umständen eben so verpflichtend sind, als Gesetze.

In der Rechtspflege und der Wissenschaft hat man die Frage aufgeworfen: ob den Gerichten das Recht zustehe, die von dem Fürsten erlassenen Verordnungen deshalb unberücksichtigt zu lassen, weil nach der Ueberzeugung des Gerichts die Verordnung das durch die Verfassungsurkunde den Verordnungen überwiesene Gebiet überschreite, die darin enthaltene Vorschrift durch ein Gesetz, d. i. durch eine mit Zu-

---

38) Es kann damit nur gemeint seyn, der Regent dürfe von den Kammern nicht angenommene Entwürfe nicht sanctioniren. Denn Entwürfe zu Gesetzen (Verordnungen), zu welchen landständische Zustimmung nicht erforderlich ist, die deshalb den Ständen auch nicht vorgelegt werden, sanctionirt natürlich der Regent, ohne daß sie von der Kammer angenommen sind.

39) Jordan Versuche S. 359.

stimmung der Stände erlassene Verfügung hätte erfolgen sollen? Uns scheint, daß wenn man von der richtigen Ansicht über die verbindliche Kraft der Verordnungen ausgeht, nach dem Wesen, dem Wirkungskreise und dem Verhältnisse der richterlichen Gewalt zur gesetzgebenden, es keinem gegründeten Zweifel unterliege: daß die Gerichte nicht befugt sind, das richterliche Entscheidungsrecht für die Frage in Anspruch zu nehmen: ob der Fürst eine Verordnung zu erlassen berechtigt gewesen sey, und daß demzufolge auch die Gerichte verbunden sind, jede förmlich bekannt gemachte und promulgirte Verordnung eben so unbedingt, als Gesetze, in ihrem Wirkungskreise zu befolgen und zur Anwendung zu bringen.

Um dieses nachzuweisen, bedarf es hier weder einer neuen, noch einer ausführlichen Begründung des Verhältnisses der richterlichen Gewalt, sondern es reicht hin, die gewöhnlichen Ansichten darüber in Erinnerung zu bringen. Wir benutzen zu diesem Ende hauptsächlich das vor uns liegende Lehrbuch des gemeinen deutschen Staatsrechts von Schmid, dessen Darstellung selbst von denjenigen (z. B. Pfeifer), die über den vorliegenden Gegenstand unsere Ansicht nicht theilen, als richtig anerkannt wird.

„Das Geschäft der Gerichte besteht darin, das einzelne Verhältniß, sowohl der Bürger unter einander, als der Einzelnen zum Ganzen nach dem Vorhandenen Gesetze zu beurtheilen, und die Grenzen des Rechts für jeden Theil zu bestimmen. Das Geschäft des Rechtsprechens ist demnach ein rein logisches; es hat weder eine allgemeine Nothwendigkeit aufzusuchen, noch irgend einen Zweck zu befördern, sondern ohne Rücksicht auf das, was seyn sollte, ohne alles Ansehn der Person, nur nach dem vorhandenen, geltenden Rechte einem Jeden zuzusprechen, was ihm gebührt" 40).

40) Schmid a. a. O. §. 70

„Der Richter hat aber nicht nach dem zu sprechen, was Recht seyn sollte, sondern blos zu beurtheilen, was dem im Staate angenommenen Rechte gemäß, oder Rechtens ist. Er muß daher auch solche Gesetze und Rechte anwenden, von deren innerer Unrechtmäßigkeit er überzeugt ist, und die Gültigkeit seiner Handlungen ist wesentlich bedingt, durch ihre Uebereinstimmung mit dem Gesetze. Die richterliche Gewalt steht in dieser Beziehung unter der gesetzgebenden" [41]. „Es kann nie ein Gegenstand richterlicher Beurtheilung seyn, ob ein Gesetz gegeben werden dürfe, und ob ein in den verfassungsmäßigen Formen ergangener Regierungsbefehl befolgt werden soll oder nicht" [42]. „Dagegen gehört das Urtheil über das Daseyn, die äußere Rechtmäßigkeit und die Wirkung des Gesetzes allerdings zur richterlichen Beurtheilung" [43].

Aus diesen allgemeinen Grundsätzen, in Verbindung mit dem, was über die verbindliche Kraft landesherrlicher Verordnungen vorhin bemerkt worden ist, ergiebt sich, daß Gerichte niemals für befugt gehalten werden können, eine Entscheidung darüber zu geben, ob der Regent eine Verordnung zu erlassen berechtigt gewesen wäre, oder nicht. Schon Mittermaier [44] lehrt sehr richtig begründet: „Ueber die Frage: ob der Regent zu einem gewissen Gesetze befugt war, ob dasselbe nothwendig oder zweckmäßig war, steht den Gerichten des Landes keine Entscheidung zu: es fehlt an einer rechtlichen Norm, unter welcher das Gericht die Maaßregel subsummiren könnte, da nur nach den Grundsätzen des Staatswohls und der höhern Politik, worüber dem Juristen als solchen kein Urtheil zusteht, die Zweckmäßigkeit zu prüfen

41) Schmid a. a. O. §. 76.

42) Schmid a. a, O. §. 75.

43) Schmid a. a. O. §. 76.

44) Archiv für civilist. Praxis. B. 4. S. 334 f.

wäre; es fehlt an einem begründeten Rechte der Unterthanen, daß nur das Alte bleibe, und keine Abänderung getroffen werden könne. Hier ist zugleich ein Unterschied zwischen der ehemaligen Reichsverfassung und der jetzigen sichtbar, da ehemals die Reichsgerichte bei Streitigkeiten der Unterthanen und des Fürsten auch über die Frage entschieden: ob ein gewisses Landesgesetz gegeben werden könne, während eine solche gerichtliche Entscheidung, nach der heutigen, Verfassung der Souveränetät der Fürsten widersprechen würde."

Daß Mittermaier nicht blos an Gesetze, welche mit Zustimmung der Landstände gegeben worden, gedacht, darf man bei einem so ausgezeichneten, mit dem Sprachgebrauche der Rechtswissenschaft vertrauten Juristen schon voraussetzen, und ergiebt sich auch daraus, daß er weiter bemerkt: wenn sich ein Unterthan in seinen Rechten durch Acte der gesetzgebenden Gewalt verletzt fühle, so biete ihm in constitutionellen Staaten die Verfassung gesetzliche Mittel dar; und glaube der Unterthan, daß durch ein Gesetz oder einen Act der Staatsgewalt die Verfassung verletzt sey, so geben ihm die Verfassungsurkunden das Recht, wegen Verletzung der constitutionellen Rechte sich an die Ständeversammlung zu wenden; und noch mehr schütze die Verantwortlichkeit der Minister. Sodann bemerkt Mittermaier ausdrücklich, daß nach den erwähnten Bestimmungen, die Gerichte nicht die Behörden seyen, welche zu entscheiden haben [45].

Auch Pfeiffer selbst theilt Entscheidungen der kurhessischen Gerichte mit, aus deren Entscheidungsgründen folgerichtig nur der Grundsatz abgeleitet werden kann, daß die Gerichte nicht befugt sind, von einer verfassungsmäßig publicirten Verordnung abzuweichen. In einem Falle, wo es sich um Anwendung der kurhessischen Verordnung v. 14. Ja-

45) Pfeiffer, in den practischen Ausführungen B. 3. S. 282. hat die Ansichten Mittermaiers offenbar zu einseitig verstanden.

nuar 1814, wodurch alle während der feindlichen Besetzung Kurhessens vorgegangenen Veräußerungen der Kammergüter und Gefälle für nichtig erklärt worden waren, und um eine authentische Erklärung jener Verordnung v. 31. Juli 1818 handelte, und die Anwendbarkeit bestritten wurde, beruhte das Erkenntniß des Obergerichts auf folgenden Gründen: „Daß die Landgerichte in ihren Entscheidungen von einer verfassungsmäßig ertheilten und verkündigten landesherrlichen Verordnung nicht abweichen können, da die gesetzgebende Gewalt unabhängig von der richterlichen bestehe, und daher dem Richter, welcher nur zur Handhabung und Anwendung der Landesgesetze berufen sey, kein Urtheil über die Zulässigkeit zustehe.“ Und eben so motivirte das kurhessische Oberappellationsgericht zu Kassel, das obergerichtliche Erkenntniß bestätigend, seinen Spruch dadurch: „daß in Ansehung der Frage, ob ein solches Gesetz habe erlassen, und ob insbesondere über das zwischen der Staatscasse und den Schuldnern derselben besondere Rechtsverhältniß eine Entscheidung auf diesem Wege habe ertheilt werden können, den Landesgerichten ein Erkenntniß nicht zustehe, sondern der auf Unverbindlichkeit des Gesetzes gegründete Einwand nur bei einem Gerichte, wenn ein solches vorhanden wäre, zur Entscheidung gebracht werden könne, welchem die Landeshoheit der deutschen Bundesfürsten in dieser Hinsicht untergeordnet seyn würde“ [46].

Pfeiffer wird hiergegen zwar bemerken, daß die in Frage stehenden Verordnungen von einem Gesetzgeber herrühren, der zur Zeit, als er jene Verordnungen erlassen habe, durch landständische Wirksamkeit nicht beschränkt gewesen wäre, und daß in jenem Falle wegen der inneren Rechtmäßigkeit Zweifel gegen die Anwendbarkeit erhoben worden wären, und blos deshalb, weil die Rechtmäßigkeit bei Ausübung der gesetzgebenden Gewalt, als einer rein

46) Pfeiffer practische Ausführungen. Th. 2. S. 403. 404.

hoheitlichen Function, lediglich von der Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der gesetzlichen Verordnung abhange, eine Beurtheilung des Gerichts unzulässig erachtet worden, weil eine darauf gerichtete Beurtheilung gänzlich außer der Sphäre seiner Erkenntnißquellen liege [47]. Allein auf einen solchen Einwand müssen wir jetzt schon erwiedern, daß die Entscheidungsgründe der angeführten Urtheile allgemeiner lauten, wie eine Ansicht derselben zeigt. Wenn die Gerichte nach der Ansicht des Oberappellationsgerichts zu Cassel einen auf die Unverbindlichkeit eines Gesetzes gegründeten Einwand deshalb ihrer Beurtheilung nicht unterwerfen dürfen, weil die Landeshoheit der deutschen Bundesfürsten den Landesgerichten auch in dieser Hinsicht nicht untergeordnet ist, so gilt dieser Grundsatz doch wohl eben so gut bei Verordnungen, als bei Gesetzen, da Verordnungen des Landesherrn eben so gut aus der Landeshoheit als Gesetze fließen. Der Gesichtspunkt, daß die Landeshoheit der deutschen Bundesfürsten den Landesgerichten nicht untergeordnet ist, steht in der That als eine unbestreitbare Wahrheit fest, und es ist schon von Andern gründlich gegen Pfeiffer nachgewiesen, daß die Befugnisse der ehemaligen Reichsgerichte auch nach Auflösung des Reichs, nicht auf die Reichsgerichte übergegangen sind [48]. Dieser Gesichtspunkt entscheidet aber, wie schon oft bemerkt wurde, so gut bei Verordnungen, als bei Gesetzen. Dieses wird nicht blos von erwähnten Schriftstellern anerkannt, sondern ist auch durch die Aussprüche vieler Justiztribunale practisch geworden.

Die Ansicht derjenigen, welche eine „Competenz der Gerichte in Beziehung auf Gesetzgebung“ behaupten, haben sich meistens dadurch täuschen lassen, daß sie landesherrliche Ver-

47) Pfeiffer pract. Ausführungen. B. 3. S. 282.

48) Karl von Pfizer Prüfung der neuesten Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Verwaltungsjustiz. Stuttgart 1833. S. 18 — 32. Beiträge zum constitutionellen teutschen Staatsrecht. Darmstadt 1833. Heft 1. S. 96 — 113.

ordnungen nicht als Ausflüsse der gesetzgebenden Gewalt betrachten, oder die richtigen Folgen aus dieser Ansicht verkennen, und daß sie einen zu engen Begriff von Gesetz, oft selbst von Recht aufstellen, und häufig im ewigen Widerspruche mit sich selbst den Richter verpflichtet achten, nur nach Gesetzen in einem zu enge aufgestellten Begriffe zu sprechen, und daß das Richteramt in irgend einer Beziehung über der Gesetzgebung stehe u. dergl. mehr. Bei dem wissenschaftlichen Stande dieser Frage wird es zweckmäßig seyn, die Gründe derjenigen, welche eine, von unserer verschiedenen Ansicht aufgestellt haben, zu beleuchten.

Wenn Jordan [49]) lehrt: Die Beurtheilung der Gültigkeit eines Gesetzes stehe den Gerichten unbedingt zu, und habe die Untersuchung zum Gegenstande:

1) ob das fragliche Gesetz wirklich von der verfassungsmäßigen Gesetzgebungsgewalt herrühre, und
2) ob es in der verfassungsmäßigen Form gegeben sey;

so ist dieses ganz richtig, sobald man mit verfassungsmäßiger Gesetzgebungsgewalt und verfassungsmäßiger Form nicht unrichtige Begriffe verbindet. Die gesetzgebende Gewalt steht in constitutionellen Staaten ausschließlich dem Regenten, als obersten Gesetzgeber, zu [50]), und hiernach ist also die richterliche Beurtheilung der Frage: ob ein Gesetz von der verfassungsmäßigen Gesetzgebungsgewalt herrühre? identisch mit der Beurtheilung der Frage: ob der Regent das fragliche Gesetz wirklich sanctionirt hat, ob dasselbe sodann auch promulgirt und publicirt ist?

Die Frage: ob das Gesetz in der verfassungsmäßigen Form gegeben sey, kann Jordan nur in dem Sinne zur Beurtheilung an die Gerichte überwiesen haben, daß die Gerichte darauf sehen sollten, ob das Gesetz vorschriftsmäßig promul-

---

49) Archiv für civilist. Prax. VIII. S. 214.

50) Jordan Versuche. S. 359

girt und publicirt sey, und hierauf kommt es allerdings an, weil die Sanction eines Gesetzes noch keine Wirkung für die Unterthanen und Behörden erzeugt, sondern die Promulgation und Publikation hinzukommen muß [51].

Daß Jordan aber auch nur in diesem Sinne den Ausdruck verfassungsmäßige Form genommen, und keineswegs darunter verstanden haben kann: die Gerichte hätten Verordnungen, welche nach ihrer Ansicht mit Zustimmung der Stände zu erlassen gewesen, nicht zu befolgen, wenn sie ohne solche Zustimmung erfolgt [52], geht aus einer spätern Aeußerung Jordans hervor, wonach das Wesen der Gesetze nicht von der Form ihrer Entstehung abhängt, sondern in ihrer allgemeinen Verbindungskraft besteht [53]. Das ist nun allerdings Gegenstand der richterlichen Untersuchung: ob ein Gesetz oder eine Verordnung wirklich von dem Regenten, als der gesetzgebenden Gewalt herrühre [54], und von dem Resultate dieser Untersuchung hängt die Gültigkeit der Norm ab. Diese Untersuchung wird aber immer darauf hinauslaufen, ob die vorgeschriebene Publikationsform eingehalten ist, denn diese bildet die öffentliche Beglaubigung dafür, daß eine Anordnung von dem herrühre, von welchem sie sich als herrührend ankündigt. Geht man von diesen Voraussetzungen aus, so kann man genau betrachtet aus der fernern Ausführung nichts Erhebliches weder für noch gegen unsere Ansicht herleiten. Denn Jordan lehrt keineswegs, daß die Gerichte in Staaten mit Repräsentativverfassung nur Gesetze, die mit Zustimmung der Stände er-

---

51) Jordan Versuche. S, 359.

52) Diesen Sinn haben Pfeiffer practische Ausführungen B. 3. S. 281. Note p. und Zachariä im Archiv für civil. Prax. B. 16. Heft 2. Note 13. der Aeußerung Jordans beigelegt.

53) Jordan Staatsrecht. §. 186. Note 3.

54) Inwiefern auch andere Behörden des Regenten gültige Verordnungen erlassen können, davon später.

lassen worden seyen, zu berücksichtigen haben. Nirgends hat er behauptet, daß den Befehlen des höchsten Herrschers, die als Verordnungen erlassen worden sind, nicht dieselbe verbindliche Kraft zustehe, als solchen Befehlen, die er nach Anhörung und beziehungsweise Zustimmung der Landstände erlassen habe. Wenn man dem Worte Gesetz nicht willkührlich eine zu enge Bedeutung giebt, nicht behauptet, Verordnungen seyen keine Gesetze, so sind die Grundsätze, welche Jordan aufstellt, vollkommen richtig, und es folgt dann nimmermehr daraus, daß die Gerichte über der Gesetzgebung stehen, oder daß sie befugt seyen, die s. g. Constitutionalität einer Verordnung zu prüfen.

Pfeiffer [55]) dagegen hat sich über das fragliche Verhältniß dahin ausgesprochen: Die Gerichte haben zu prüfen, ob die gesetzliche Verfügung, durch welche die klagende Parthei sich in ihren Rechten verletzt hält, wirklich als Gesetz, nach den wesentlichen Merkmalen eines solchen, von ihnen anzuerkennen sey, indem sie ja ihre Erkenntnisse über das streitige Recht nur auf die bestehenden Gesetze zu gründen ermächtigt sind, und also vor Allem sich davon überzeugen müssen, ob die gesetzliche Verfügung, welche der Beibehaltung des bisherigen Rechtszustandes des Beschwerdeführers entgegensteht, jenen Charakter in der That an sich trage, und hierdurch zur Entscheidungsnorm für die Gerichte qualificirt werde .... der zu beurtheilenden Verordnung muß a) ihrer äußeren Form nach die Eigenschaft eines Gesetzes zukommen; bei dieser äußern Form ist nun weiter dreierlei zu beachten, 1) ob die Verordnung auf dem verfassungsmäßigen Wege ertheilt worden sey [56]), also

---

55) Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. B. 3. S. 280 – 282.

56) In der Note bemerkt Pfeiffer referirend aus Jordan im Arch. f. civ. Prax. B. 8. S. 214: „insonderheit ob sie „„wirklich

namentlich mit Zuziehung der Landstände, wo diese erforderlich ist .... 2) ob dieselbe vorschriftsmäßig ausgefertigt, also insonderheit mit der Contrasignatur eines Staatsministers, wo diese mit zu jener Form gehört, versehen ist; endlich 3) ob eine gehörige Verkündigung derselben als Gesetz statt gefunden hat. b) Auch ihrem Inhalte nach muß die Verordnung alle Merkmale eines Gesetzes mit sich führen, wohin vorzüglich der Charakter der Allgemeinheit, und regelmäßig auch die Richtung auf künftige Fälle gehört. Findet nun das Gericht in einem vorkommenden Falle, daß der in Gesetzform erlassenen Verordnung, wodurch die klagende Parthei sich in ihren Privatrechten verletzt hält, der Charakter eines Gesetzes in der einen oder andern Rücksicht nicht zukomme, alsdann kann es den Verletzten auch gegen die Vollziehung derselben schützen; denn es schützt ihn dadurch, unter jener Voraussetzung eigentlich nur bei dem, den bestehenden Gesetzen entsprechenden, und durch das rechtlich nicht existirende, neue Gesetz nicht abgeänderten Rechtszustande" [57].

---

von der verfassungsmäßigen Gesetzgebungsgewalt herrühre, und in der verfassungsmäßigen Form gegeben"" sey."

57) Beiläufig mag hier die Begründung, welche ein Ungenannter in der allgem. jurist. Zeitung vom J. 1829. N. 43. S. 170. für die Competenz der Gerichte versucht hat, eine Stelle finden. Er sagt: „Der Richter soll kein angebliches Gesetz als gültig behandeln, dem die verfassungsmäßige Form fehlt, und zu dieser gehört im Repräsentativ-Staate ohne Zweifel das Anerkennen, die Sanction der Stände." Daß ein Richter ein angebliches Gesetz, d. h. ein Gesetz, das kein Gesetz ist, nicht als Gesetz behandeln darf, wird dem Ungenannten Niemand bestreiten. Einem angeblichen Gesetz fehlt dem Begriffe nach die verfassungsmäßige Form; denn ein angebliches Gesetz in verfassungsmäßiger Form ist juristisch nicht denkbar, auch nicht einmal als ein Falsum, weil eine verfälschte Form keine verfassungsmäßige ist. Daß der Richter aber ein juristisches Unding nicht als ein gültiges Gesetz behandeln darf, wird dem Ungenannten wieder Niemand

Es muß vorerst bemerkt werden, daß Pfeiffer den Begriff „Verordnung" als den Gattungsbegriff betrachtet, und den Begriff „Gesetz" als die Art, und daß er die Zuziehung der Landstände bei der Handlung des Gesetzgebens als eine äußere Formsache betrachtet. In beiden Punkten hat er vollkommen recht. Aber schon hieraus hätte er sich überzeugen müssen, daß er an Jordan keine Autorität für die Ansicht hatte, daß die Gerichte competent seyen über die s. g. Constitutionalität einer Verordnung zu entscheiden. Jene Voraussetzungen hätten Pfeiffer aber folgerichtig gerade zu dem entgegengesetzten Resultate, nämlich dazu führen müssen: daß 1) da das Wesen der Gesetze nicht von der Form ihrer Entstehung abhange, sondern von ihrer allgemeinen Verbindungskraft, diese aber einzig und allein durch Handlungen des Regenten bedingt werde, die richterliche Beurtheilung der Gültigkeit einer Verordnung blos davon abhange, ob die Verordnung die Sanction des Regenten erlangt habe, und vorschriftsmäßig promulgirt und publicirt sey.

Sehr scharfsinnig hat Weber [58] nachgewiesen, wie das Argument: „daß die Gerichte, um nach Gesetzen zu procediren und zu urtheilen, vor Allem darüber urtheilen müßten, ob eine ihnen gegebene Norm auch ein Gesetz sey",

bestreiten. Daß aber zu der verfassungsmäßigen Form eines Gesetzes im Repräsentativ-Staate nicht überall nothwendig das Anerkennen der Stände gehört, davon kann sich der Ungenannte durch die Einsicht der Verfassungsurkunden überzeugen, und es wird ihm ohne Zweifel das als ein Irrthum erscheinen, was er bis dahin als eine unbezweifelte Wahrheit ansah. Daß endlich in keinem Repräsentativ-Staate die Stände die Gesetze zu sanctioniren haben, wird der Ungenannte einsehen, wenn er einen klaren Begriff davon hat, was man bei einem Gesetze die Sanction nennt. Hiernach erwartet wohl kein Leser von uns eine Aeußerung über den Gehalt der Argumentation jenes Ungenannten.

58) In den Beiträgen zum constitut. deutschen Staatsrecht (aus der teutschen Vaterlandszeitung abgedruckt) Heft 2. S. 42 f.

wenn man daraus den Beruf der Gerichte zur Cognition über die Constitutionalität einer Verordnung herleiten wolle, auf einem Irrthume beruhe, so äußerst palpabel das Argument auch scheine. Er sagt:

„Ist es denn wahr, daß unsere Gerichte nur nach Gesetzen zu procediren und zu judiciren haben? .. in jedem Staate der Welt haben die Gerichte ja keineswegs blos Gesetze, sondern auch Verordnungen zu befolgen. . . .

„Der ganze Vordersatz, auf welchen das ausgehobene Argument gebaut ist, die Voraussetzung, daß die Gerichte nur nach Gesetzen zu urtheilen hatten, ist also irrig; dieser Vordersatz müßte, um nur an sich selbst richtig zu seyn, vielmehr dahin übersetzt werden: daß die Gerichte, um nach Gesetzen und Verodnungen zu procediren, vor Allem urtheilen müßten, ob Etwas auch ein Gesetz oder eine Verordnung sey."

„Durch einen solchen Satz ist aber für die jetzt befragliche Behauptung Nichts gewonnen. Sollte Etwas gewonnen seyn, so müßte er dahin amplificirt werden: daß die Gerichte urtheilen müßten, ob eine ihnen gegebene Norm auch ein Gesetz oder eine vom Regenten befugterweise erlassene Verordnung sey; — aber gerade diese Amplification ist erst die petitio principii, d. h. dasjenige, was erst erwiesen werden müßte; und was daher nicht selbst als Argument für das zu Erweisende gebraucht werden kann! — und das, auf den ersten Anblick so palpabel erschienene, Argument hat uns also nicht um einen Schritt weiter gebracht, als nur wieder auf den alten Fleck, auf die Frage zurück, ob die Gerichte darüber zu erkennen haben, ob eine ihnen als Norm in verfassungsmäßiger äußerer Form einer Verordnung publicirte allerhöchste Verordnung wohl auch rücksichtlich ihres innern Gehalts befugter Weise erlassen sey, oder nicht."

„Das anscheinend so palpable Argument beweiset, wie man sieht, nichts Anderes, als nur gerade recht palpabel seine eigene Verkehrtheit. Es will, daß die Gerichte,

deren verfassungsmäßiger Beruf ist, nach Gesetzen und nach Verordnungen zu urtheilen, vielmehr nach Gesetzen und über Verordnungen urtheilen sollen! — daß sie eine politische Attribution ausüben sollen, welche ihnen . . . doch nicht zusteht."

Wenn man, wie Pfeiffer [59]) ausdrücklich lehrt: „gegen die Vollziehung eines Gesetzes, dessen formale Existenz vorausgesetzt, finde der Schutz der Gerichte niemals statt"; und nun, mit Pfeiffer doch wieder nach dem Inhalte der Verordnung den Richter beurtheilen läßt, ob es ein Gesetz sey, und auch hiervon die Anwendbarkeit abhängig macht [60]), so wird man schwerlich dem Vorwurfe des Widerspruchs ausweichen können. Eben so ist es Widerspruch, wenn Pfeiffer einmal sagt: die Rechtmäßigkeit bei Ausübung der gesetzgebenden Gewalt, als einer rein hoheitlichen Function, hange lediglich von der Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der gesetzlichen Verordnung ab, dem Gerichte aber stehe eine hierauf gerichtete Beurtheilung nicht zu, weil solche gänzlich außer der Sphäre seiner Erkenntnißquellen liege [61]); und dann wieder aus dem Inhalte des Gesetzes den Richter beurtheilen läßt, ob eine Norm gültiges Gesetz sey oder nicht. Widerspruch endlich ist es, Verordnungen als Ausflüsse der gesetzgebenden Gewalt zu betrachten, und sie dennoch nicht als Gesetze zu behandeln.

Der ungenannte Verfasser des Aufsatzes über die Unabhängigkeit der Gerichte im Großherzogthum Hessen [62]), hat

---

59) a. a. O. S 283.

60) a. a. O. S. 281.

61) a. a. O. S. 282.

62) Teutsche Vaterlandszeitung von Pabst. Jahrg. 1833. Nr. 20. 21, Ein Aufsatz in Nr. 24. der teutschen Vaterlandszeitung: „Beweis, daß nach dem Staatsrecht des Großherzogthums Hessen den Gerichtsbehörden kein Urtheil über die materielle Verfassungsmäßigkeit

aus dem Grundsatze: „daß die Gerichte unbedingt abhängig vom Regierungsblatte, d. h. verpflichtet seyen, einen jeden darin verkündigten, in dem Namen des Staatsoberhauptes ergangenen, von dem verantwortlichen Minister contrasignirten, Verfügung unbedingt Folge zu leisten, solche im einzelnen, abzuurtheilenden, Falle anzuwenden und zu vollstrecken"; Consequenzen und Inconsequenzen herzuleiten, und dadurch die Unhaltbarkeit des Grundsatzes zu beweisen versucht.

Als Consequenzen werden hervorgehoben:

1) „Die Regierung allein hat zu beurtheilen und zu bestimmen, ob ein Gegenstand geeignet sey zu einer gesetzlichen Disposition und ständischer Concurrenz, oder ob, ohne diese Mitwirkung, einseitig von der Regierung durch Ordonnanzen, darüber disponirt werden könne."

Diese Consequenz fließt nicht aus dem obigen Grundsatze, sondern sie fließt aus der gesetzgebenden Gewalt, aus der Einrichtung, daß die Initiative zu Gesetzen nur der Regierung zustehe, und aus ähnlichen Grundsätzen und Einrichtungen. Hätte die Regierung die fragliche Beurtheilung nicht allein, so müßte sie, bevor sie eine Anordnung treffe, jedesmal erst mit den Kammern (oder meint der Ungenannte vielleicht gar mit den Gerichten?) sich benehmen, und sich die Competenz aufklären lassen. Wer sollte entscheiden, wenn Meinungsverschiedenheit eintrete? und wenn da keine Entscheidung erfolgte, und so Maßregeln unausgeführt blieben, wie würde es dann endlich wohl mit der Staatsverwaltung aussehen? Und wie viel Selbstständigkeit, Kraft und Rechte mögte wohl eine Regierung behalten, die, bevor sie eine Verordnung erließ, erst bei den Ständen anfragen, und ihrer

---

einer gesetzlichen Norm zusteht; gelangt durch richtige Folgerung aus wahren Vordersätzen zu einem richtigen Schlusse. Herr Hofgerichtsrath von Biegeleben wird als Verfasser genannt.

Entscheidung sich fügen müßte? Glaubt man aber alle diese Nachtheile und Absurditäten dadurch zu vermeiden, daß man der Regierung das Recht einräumt, den Ständen, den Administrativ-Behörden und den Unterthanen gegenüber zu beurtheilen und zu bestimmen: ob sich der Gegenstand zur Concurrenz der Stände eigne oder nicht, daß man aber den Gerichten die Befugniß zuspricht, ein selbstständiges Urtheil darüber zu haben, ob sie die erlassene Verordnung anerkennen wollen oder nicht, so würde durch eine solche Einrichtung das sonderbare Resultat herauskommen, daß eine Vorschrift für alle Unterthanen und alle Behörden, mit Ausnahme der Justizbehörden, verbindlich sey, als gesetzliche Vorschrift behandelt werden müßte, nur die Gerichte der Vorschrift nicht unterworfen wären. Daß durch eine solche Einrichtung das Ansehen der Regierung in jedem Augenblicke durch die Gerichte compromittirt werden könnte, ist einleuchtend.

Die der Regierung allerdings zustehende Beurtheilung und Bestimmung, ob eine Verfügung in Form eines Gesetzes oder einer Verordnung zu erlassen sey, schließt dagegen Einwendungen der Stände gegen die Richtigkeit des Urtheils nicht aus, die alsdann auf verfassungsmäßigem Wege ihre Erledigung finden müssen, und auf diesem Wege ist es allerdings

2) möglich, daß das verfassungsmäßig competente Gericht berufen wird, über den Gehalt der ständischen Einwendung zu entscheiden. Dann wird aber auch die Frage in den vorschriftsmäßigen Formen behandelt, der Gegenstand gehörig beleuchtet, der contrasignirende Staatsbeamte, auf dessen Verantwortlichkeit die Verordnung erlassen wurde, wird nicht ungehört von dem Gerichte als illegal handelnd hingestellt, das Gericht entscheidet nicht ohne den legitimirten Kläger, die Landstände. Von derselben Ansicht ging der Referent beim Oberappellationsgerichte zu Wolfenbüttel in dem Rechtsstreite über Zurückforderung zum Staatsvermögen des Herzogthums Braunschweig gehörender, vom Könige von Westphalen

veräußerter Kapitalien aus, indem in Bezug auf die Frage: ob durch die Veräußerungen die Westphälische Staatsverfassung verletzt sey? bemerkt wurde, daß es für unwidersprechlich gehalten werden dürfe, daß den Gerichten darüber die Zuständigkeit eines Richterspruchs gänzlich mangele; ob die Westphälische Staatshaushaltung verfassungsmäßig geführt sey? . . . Die Reichsstände seyen die Behörde gewesen, welche hierüber Einwendungen zu machen gehabt hätten. Ob die Reichsstände ihre Pflicht vernachlässigt haben? darüber komme dem Oberappellationsgericht kein Richterspruch zu: und wenn in dieser Hinsicht ein competentes Dicasterium existirte; so dürfe dasselbe nicht ungehört verurtheilen [63].

3) Allerdings ist es ganz gleichgültig, und an jenen Sätzen nichts ändernd, daß:

a) die Richter schwören müssen, die Verfassung genau zu beobachten. Die Folgerungen, welche hieraus möglicher Weise abgeleitet werden könnten, sind vom Generalstaats-Procurator Weber [64]) auf so evidente Weise widerlegt, daß eine Verweisung darauf hinreicht. Wir fügen nur noch hinzu, daß der Verfassungseid nicht blos von Richtern, sondern von allen Staatsdienern, ja allen Staatsbürgern geleistet wird. Die Competenz, welche man für die Richter aus dem Verfassungseide ableitet, muß man jedem Beamten und jedem Staatsbürger zugestehen, und die Absurdität, die darin liegen würde, wenn ein Gerichtsuntergebener das rechtskräftig vom competenten Gerichte gegen ihn erlassene Urtheil deshalb nicht befolgen wollte, weil er nach seiner individuellen Ueberzeugung das Urtheil als eine Verfassungsverletzung betrachtete, dieselbe Absurdität, wenn nicht eine noch ärgere, liegt darin, wenn ein Gericht aus der Leistung des Verfassungseides die

---

63) Waldeck Controversen-Entscheidungen des gemeinschaftl. Oberappellationsgerichts zu Wolfenbüttel Th. 1. S. 38 f.

64) Beiträge zum deutschen constitut. Staatsrechte. Darmstadt 1833. Heft 2 S. 44 f.

Befugniß ableiten wollte, die Constitutionalität einer landesherrlichen Verordnung zu prüfen, und ihr den Gehorsam zu verweigern.

b) Wenn auch das Staatsgrundgesetz eines bestimmten Staates ausdrücklich bestimmt, daß kein Gesetz ohne ständische Zustimmung gegeben, aufgehoben oder abgeändert werden könne, so läßt sich daraus, wie später näher ausgeführt werden wird, keineswegs die behauptete Befugniß der Gerichte ableiten. Für das Großherzogthum Hessen hat sich in dieser Beziehung längst schon eine, ächt wissenschaftlich begründete, Praxis gebildet [65].

c) In soweit bei der Gesetzgebung eine Mitwirkung der Stände zugestanden ist, ist sie auch gewöhnlich zu einer authentischen Interpretation zugestanden. So lange aber durch eine landesherrliche Verordnung die Verfassungsurkunde nicht authentisch interpretirt wird, ist nicht zu begreifen, wie man aus jenem Grundsatze ein Argument für die behauptete Competenz der Gerichte ableiten will.

d) Wenn der Monarch in dem Grundgesetze sich das Recht, Verordnungen, ohne Concurrenz der Stände, zu erlassen, zu allem Ueberflusse noch ausdrücklich vorbehielt, so behielt er sich begreiflich auch das Urtheil darüber vor, ob eine Norm sich zu einer solchen Verordnung eigne oder nicht. Er ist bei diesem Urtheile so wenig an den Beifall der Gerichte, als an die Zustimmung der Landstände gebunden. Das Gegentheil behaupten, heißt den Landständen und Gerichten eine Zustimmung einer Nichtzustimmung vindiciren.

e) Daß die richtige Ansicht über unsere Frage den Gerichten das Recht der doctrinellen Auslegung des Verfassungsgesetzes nicht verkümmert, bedarf keiner Nachweisung; aber nicht so unbezweifelt kann aus dem Rechte und der Pflicht doctrineller Gesetzesauslegung, das von dem Ungenannten

---

65) Wir werden, um dieses zu belegen, als Anhang dieser Abhandlung, mehrere motivirte Urtheile mittheilen.

den Gerichten zugesprochene „Recht, die Macht und Gewalt hergeleitet werden, ein wirklich bestehendes Gesetz, eine wirklich verfassungsmäßige Verordnung auf den einzelnen Fall gar nicht anzuwenden" [66]. Wenn der Ungenannte fragt: „Ist es denn nicht weit gefährlicher für den Staat und die Regierung, wenn die Gerichte einen, von der Regierung angeschuldigten, vielleicht völlig überwiesenen, Hochverräther frei sprechen und auf freien Fuß setzen, ungeachtet ein klares Gesetz gegen den Hochverrath besteht, als wenn die Gerichte eine Verordnung nicht anwenden, weil der Gegenstand nur zu einer Regulirung durch Gesetz geeignet sey?" so ist darauf zu erwiedern, daß kein's von Beiden gefährlich ist, denn das Letzte könnte blos Mangel an juristischer Bildung und daraus entstandener Subordinationsfehler, das Erste würde aber immer ein Verbrechen seyn, und gegen Beides giebt es Mittel. Wer solche Behauptungen, wie der Ungenannte hier aufstellt, im Ernste wagen kann, der beweis't wenigstens, daß er kein Jurist ist.

f) Daß die Doctrin nicht so leicht den Begriff Gesetz auch nur nach dem Geiste eines Verfassungsgesetzes, doctrinell aufzufinden weiß, ist oben schon nachgewiesen; daß der Ungenannte aber dazu gar nicht fähig ist, geht daraus hervor, daß er erst behauptet: die Concurrenz der Landstände sey zu jedem Gesetz verfassungsmäßig wesentlich [67], und dann zugiebt: daß eine wahre Befugniß der Re-

66) Der Ungenannte verwirrt hier die Begriffe von Ungültigkeit und Unanwendbarkeit einer Vorschrift (Gesetz oder Verordnung). „Ungültigkeit eines Gesetzes ist mit der Unanwendbarkeit eines solchen keineswegs gleichbedeutend, indem ein ungültiges Gesetz gar nicht mehr zur Anwendung kommen kann, was bei einem unanwendbaren Gesetze nicht der Fall ist." Jordan im Archiv für civilist. Prax. VIII. S. 215 f.

67) Teutsche Vaterlandszeitung vom J. 1833. S. 136. Lit. f.

gierung begründet sey, selbst eigentliche Gesetze ohne ständische Concurrenz zu emaniren [68].

g) Die aus der Unabhängigkeit und Urtheilsfreiheit der Gerichte entstandenen Bedenklichkeiten hat Weber so lichtvoll beseitigt [69], daß es nicht nothwendig ist, etwas hinzuzufügen.

h) Im Artikel 109. der Großherzoglich Hessischen Verfassungsurkunde ist gesagt: „Die Großherzoglich Hessischen Staatsminister und sämmtliche übrigen Staatsdiener sind, insofern sie nicht in Folge von Befehlen ihrer vorgesetzten Behörden handeln, jeder innerhalb seines Wirkungskreises für die genaue Beobachtung der Verfassung verantwortlich.“ Der Ungenannte meint nun: „diese Bestimmung würde nicht beobachtet, wenn die Gerichte auf einen ihrer Aburtheilung unterliegenden Fall etwas als Gesetz anwendeten, was verfassungsmäßig kein Gesetz sey, weil dieses Etwas, nach der Doctrin, nur ein Gesetz seyn könne [70], die ständische Concurrenz aber fehle.“ „Ein Befehl der vorgesetzten Behörde sichere zwar die untere Administrativ-Behörde vor eigener Verantwortlichkeit; allein die Gerichte handelten nicht nach Befehlen, sondern nach Gesetzen und verfassungsmäßigen Verordnungen, und stehen nur in einem In-

68) Daselbst S. 145. Zif. 1.

69) Beiträge zum teutsch. constitut. Staatsrecht. Heft 2. S. 47 f.

70) Das Etwas, das nur ein Gesetz seyn kann, und doch kein Gesetz ist: das ist offenbar ein Nichts. Wahrscheinlich wollte der Ungenannte sagen: Etwas, das nur in Form eines mit landständischer Einwilligung zu erlassenden Gesetzes hätte erlassen werden sollen; aber ohne landständische Mitwirkung erlassen worden ist. Nach den Begriffen des Ungenannten kann das aber eben so gut ein Gesetz als kein Gesetz seyn (vergl. im Text unter Lit. f.); und die Anwendung einer solchen Norm könnte also nach dessen Begriffen so gut eine Beobachtung, als eine Nichtbeobachtung der Verfassung seyn. — Da sieht man, wie schwer es ist, einmal in das Netz des Irrthums verwickelt, wieder frei zu werden.

stanzenverhältnisse, was etwas ganz anderrs sey, als das administrative Subordinationsverhältniß."

Wie aus dem Grundsatze des Art. 109., der sich in den meisten Staaten mit landständischer Verfassung findet, das gefolgert werden kann, was der Ungenannte daraus herleitet, ist schwer einzusehen. Darin hat der Ungenannte Recht, daß der Richter eine Verordnung nicht als ein Gesetz anwenden darf; aber da 'n hat er Unrecht, daß der Richter eine Verordnung deshalb unbeachtet lassen dürfe, weil es nach seiner Ueberzeugung nicht eine Verordnung, sondern ein Gesetz in dem Sinne, daß Concurrenz der Landstände statt gefunden, seyn sollte. Mit keiner Sylbe deutet aber der Art. 109. an, daß die Gerichte niemals in Folge von Befehlen ihrer vorgesetzten Behörden handeln sollten und dürften. Der Artikel spricht allgemein von sämmtlichen Staatsdienern, also ohne Ausnahme von allen, also auch von Richtern. Der Ungenannte lehrt ja selbst: „Die Regierung hat die aus dem Aufsichtsrecht fließenden Verordnungen zu erlassen. Jenes Recht besteht hauptsächlich darin, daß die Regierung sämmtliche Behörden im Staate überwache und controlire, ob sie ihre Schuldigkeit thun, und in dieser Beziehung sind auch die Gerichte sogar den Befehlen des Ministeriums Gehorsam schuldig." Enthält denn eine solche Befugniß des Ministeriums nicht auch das Recht und die Pflicht, darauf zu wachen, daß die Gerichte Verordnungen, die in Gemäßheit des Artikels 73. der Verfassungsurkunde [71]) erlassen sind, beobachten, und die desfalls

---

71) Die Ansicht mancher, daß Verordnungen nur dann respectirt werden müßten, wenn der Art. 73. der Verfassungsurkunde ausdrücklich in der Verordnung angezogen worden sey, ist eben so geistreich, als wenn man behauptete, ein Gesetz, welches mit ständischer Zustimmung erlassen worden, brauche nur dann respectirt zu werden, wenn darin der Artikel 72 der V. U. angezogen sey.

erforderlichen Befehle [72]) zu geben? und soll das Ministerium oder gar der Fürst die Richter erst fragen, ob sie damit einverstanden sind, daß die Ueberwachung und Controle, in dem, dem Ministerium oder gar dem Fürsten für nothwendig erachteten Maaße ausgeübt werde? Und wo hat die Verfassungsurkunde diese Ausnahme von dem Art. 109. für die Gerichte angeordnet? Eine Ueberwachung und Controle der Gerichte, die wesentlich von ihrer Zustimmung abhängig wäre, würde schwerlich von Jemand für zweckmäßig erachtet werden. Wenn der Ungenannte ferner bemerkt: „die Gerichte würden nur insoweit in den Fall kommen, die verfassungsmäßige Gültigkeit solcher Verordnungen zu beanstanden, als etwa die Verordnung zugleich Pönalbestimmungen enthalte"; so beweis't er abermals, daß er weder die practische Bedeutung der Streitfrage erkannt noch auch irgend den Rechtszustand des Großherzogthums Hessen gehörig berücksichtigt hat [73]).

Eine auffallende Täuschung des Ungenannten liegt darin:

4) Daß er als eine nothwendige Folge des Satzes, daß die Gerichte nicht befugt seyen, die Constitutionalität einer Verordnung zu prüfen, erwähnt: daß wenn die Regierung durch eine Verordnung verfüge: die Gerichte sollten ihren Entscheidungen das chinesische Gesetzbuch künftig zum Grunde legen, das Edict über die Verhältnisse der Standesherrn, der Staatsdiener sey zurückgenommen u. s. w. — alle diese Verfügungen in vorkommenden Fällen von den Gerichten auf das genaueste respectirt und angewendet werden

---

72) Wie weit man mit Befehlen gegen Gerichte verfahren darf, zeigt Ferdinand Carl Schweikart in der Schrift: Napoleon und die Churhessischen Capitalschuldner. Ein Erkenntniß über den Rechtsbestand der, in Napoleons Auftrage einem Churhessischen Capitalschuldner ertheilten Quitung. Königsberg 1833. S. 50 f.

73) Die Berichtigung dieser Irrthümer würde hier zu weit vom Hauptgegenstande abführen.

müßten, sogar eine Suspension und gänzliche Aufhebung der Verfassung selbst in ihrer Gesammtheit von den Gerichten nicht beanstandet werden dürfe.

Wir geben die Richtigkeit dieser Folgerung unbedenklich zu, und fragen nur, worin das Gefährliche dieser Consequenzen liege? Offenbar in der Absurdität und Rechtswidrigkeit der Anordnungen, die durch Verordnungen getroffen werden könnten. Gesetzt nun, nicht die Regierung käme auf den Einfall, solche Verordnungen zu erlassen; aber die Landstände ersuchten die Regierung, ein Gesetz solchen Inhalts zu geben, und nun würden jene Absurditäten und Widerrechtlichkeiten durch ein von den Landständen provocirtes Gesetz verordnet. Wäre dann die Lage des Landes eine bessere? Gewiß nicht; denn im Resultate ist die Wirkung des Gesetzes und der Verordnung hier gleich. Wäre es aber nicht Unsinn, einer solchen Consequenz wegen behaupten zu wollen, den Landständen dürfte keine Concurrenz bei der Gesetzgebung eingeräumt, oder gar, es dürfte gar keine gesetzgebende Gewalt anerkannt werden. Zu solchen Consequenzen führen die Consequenzen des Ungenannten, und wir überlassen es der Beurtheilung eines jeden Lesers, was von solchen zu halten ist.

Der Ungenannte ist aber noch unglücklicher im Anführen von Inconsequenzen.

Höchst inconsequent scheint es ihm zu seyn, 1) „daß während in der einen Beziehung den Gerichten das Recht ganz entzogen wird, die verfassungsmäßige Gültigkeit einer Bekanntmachung im Regierungsblatt zu prüfen, sie nicht einmal sollen fragen dürfen, ob eine ständische Zustimmung erfolgt sey, wenn es sich von einem unzweifelhaften Gesetz handelt, in der andern postulirt wird, daß nur vom verantwortlichen Minister contrasignirten, im Regierungsblatt verkündigten, Verfügungen von den Gerichten Folge geleistet werden solle, weil nur solche Verfügungen in der verfassungsmäßigen Form erlassen seyen. Denn

während in der Verfassung deutlich genug wohl stehe, daß kein Gesetz ohne ständische Concurrenz gegeben und aufgehoben werden könne, stehe nirgends in derselben geschrieben, daß eine Contrasignatur des verantwortlichen Ministers erst die Befehle des Staatsoberhauptes verbindlich mache. Der Ungenannte meint, dadurch erhebe man den Minister geradezu über das Oberhaupt des Staates, und verletze den Art. 4 der Verfassungsurkunde."

Das Irrige dieser Ansicht begreift man, wenn man nur oberflächlich mit dem geschichtlichen Bildungsgange des Rechtszustandes, und dem geltenden Rechte im Großherzogthum Hessen bekannt ist.

Als das Gesetz über die Verantwortlichkeit der Minister und obersten Staatsbeamten zuerst bei den Landständen vorgelegt wurde, vermißten sie darin eine Bestimmung über die Contrasignatur der verantwortlichen Organe des Willens des Regenten. Die Kammern waren nur darin anfangs verschiedener Ansicht: ob die Stände darauf antragen sollten, daß die Nothwendigkeit der Contrasignatur in dem Gesetze ausgesprochen werde, oder ob sie sich damit zu begnügen hätten, dem Großherzog den Wunsch zu erkennen zu geben, in dieser Beziehung daß Erforderliche selbst zu verfügen. Später vereinigten sich beide Kammern zu einer gemeinschaftlichen Adresse, worin sie den Wunsch ausdrückten, in das Gesetz noch „die Erläuterung aufzunehmen, daß die von dem Großherzog ausgehenden, die Staatsverwaltung betreffenden Verfügungen von einem Minister contrasignirt seyn müssen." Während der Dauer jenes Landtags, und bevor noch das Gesetz über die Verantwortlichkeit der Minister erlassen war, erschien die Verordnung über die Organisation der obersten Staatsbehörden. Hierin wurde in Bezug auf Contrasignatur und Verantwortlichkeit verfügt:

Art. 7. „Gesetze und von Uns ausgehende Verfügungen hat derjenige Minister zu contrasigniren, in dessen Departe-

ment sie einschlagen. Derselbe hat auch alle die von diesem Departement ausgehenden Instructionen und definitive Befehle und Verfügungen allein zu unterzeichnen."

„Wenn ein Minister durch Abwesenheit, Krankheit oder andere Ursachen verhindert ist, und Wir keinen besonderen Stellvertreter für ihn ernennen, so contrasignirt und unterzeichnet statt Seiner, mit dem Zusatze: „wegen Verhinderung des Ministers" derjenige Geheime Staatsrath des Departements, zu dessen Referat der Gegenstand gehört, in allen andern Sachen der älteste Geheime Staatsrath.

Art. 8. „Jeder Minister ist für das, was seinem Departement zu respiciren obliegt, und für alles, was von seinem Departement ausgeht, verantwortlich."

„Hierdurch soll aber weder die Verantwortlichkeit der übrigen Mitglieder seines Departements gemindert, noch auch dem gerichtlichen Urtheile in dem Falle präjudicirt werden, wo der Minister sich auf rechtliche Entschuldigungsgründe, und namentlich darauf berufen zu können glaubt, daß er durch einen in facto unrichtigen Vortrag des Referenten irre geleitet worden sey."

„In den Fällen, in welchen die Geheimen Staatsräthe, nach dem im vorigen Artikel Gesagten, zu contrasigniren und zu unterzeichnen haben, gilt von ihnen alles das, was hier von den Ministern gesagt ist!" 74)

Hierdurch wurde also die Frage in Beziehung auf die Contrasignatur entschieden, und in Ansehung der Unterzeichnung der von dem Ministerium selbst ausgehenden Verfügungen ist eine Bestimmung gegeben, nach welcher über die Person des den Ständen verantwortlichen Beamten, kein Zweifel entstehen kann 75).

---

74) Großh. Hess. Regierungsblatt v. 1821. S. 184.

75) Man vergleiche hierüber die landständischen Verhandlungen aus den Jahren 1820. 1821. und Floret historisch kritische Darstellung

Durch die Contrasignatur wird die Verfügung des Regenten nicht erst verbindlich, sondern verbindlich ist sie deshalb, weil es der Wille, der Befehl des Regenten ist; durch die Contrasignatur wird nur das den Ständen für die Verfügung verantwortliche Subject bezeichnet. In die Verfassungsurkunde gehört deshalb auch die Bestimmung über die Contrasignatur nicht. Wenn aber die Verfassung davon ausgeht, den Ständen in der Verantwortlichkeit der Minister eine sichere Garantie für die Erfüllung der Concessionen zu geben [76], wenn ein Gesetz, welches die Verantwortlichkeit der Minister bestimmt [77], einen Theil der Verfassung bildet, und der Regent durch eine Verordnung die Contrasignatur als eine wesentliche Form selbst anordnet, und in ihr das Kennzeichen für das verfassungsmäßig verantwortliche Subject darstellt, so gehört große Befangenheit dazu, zu behaupten, durch eine solche Contrasignatur stelle man den Minister geradezu über das Staatsoberhaupt. Stellt man dann auch das Regierungsblatt über das Staatsoberhaupt, wenn dieses befiehlt, daß die Gesetze erst durch die Publikation im Regierungsblatt für die Unterthanen verbindlich werden sollen?

Es verräth nur Mangel an Einsicht in das Wesen landständischer Verfassung, und Verkennung der Würde des Staatsoberhaupts, dessen Handlungen eben so heilig und unverletzlich, als die Person des Regenten seyn sollen, wenn man glaubt, durch die Contrasignatur werde die Stellung des Staatsoberhaupts verletzt. Eine Verantwortlichkeit der Minister und obersten Staatsbehörden den Ständen gegenüber schließt eine Verantwortlichkeit der übrigen Staatsdiener den Ständen gegenüber nothwendig aus. Kein mittelba-

der Verhandlung der Ständeversammlung des Großherzogthums Hessen im Jahr 1820. und 1821. Gießen 1822. S. 179 – 230.

76) Dieses Prinzip stellte die Verfassungsurk. Art. 109. auf.

77) Großh. Hess. Gesetz v. 5. Juli 1821. über die Verantwortlichkeit der Minister und obersten Staatsbeamten.

ver Beamte, keine mittelbare Behörde kann deshalb jemals den Ständen verantwortlich seyn, die Stände können damit niemals in Geschäftsberührung treten [78]).

Nur an den verantwortlichen Minister können sich die Stände wegen Verfassungsverletzungen, welcher mittelbare Beamte beschuldigt werden konnten, halten. Deshalb sind aber auch die Staatsdiener den Befehlen des verantwortlichen Ministers Folge zu leisten schuldig [79]). Allerdings ist jeder Staatsdiener innerhalb seines Wirkungskreises für die genaue Beobachtung der Verfassung verantwortlich; aber die vorgesetzte Behörde ist befugt, auf ihre Verantwortlichkeit, den Wirkungskreis zu bestimmen, und diese Anordnungen sind Befehle, welche die untergeordneten Staatsdiener zu respectiren haben. Wozu hätte es im Großherzogthum Hessen auch noch eines Gesetzes über die Verantwortlichkeit der Minister und obersten Staatsbeamten bedurft, wenn durch den Artikel 109. der Verfassungsurkunde allgemein ausgesprochen wäre, daß jeder Beamte den Ständen persönlich für Beobachtung der Verfassung verantwortlich wäre, oder wegen verfassungsverletzenden Handlungen mittelbarer Beamte an die Stände reclamirt werden könnte. Die Verfassung läßt keine Beschwerde an die Stände kommen, wo nicht die höchste Staatsbehörde die Verfügung erst sich selbst angeeignet hat [80]); sie läßt bei jedem Staatsdiener den Einwand gelten,

---

78) Großh. Hess. Verf. Urk. Art. 96.

79) Die Ministerverantwortlichkeit in constitutionellen Monarchieen. Leipzig 1833. S. 27 ff.

80) Großh. Hess. V. U. Art. 81. „Einzelne und Corporationen können sich nur dann an die ständischen Kammern wenden, wenn sie in Hinsicht ihrer individuellen Interessen sich auf eine unrechtliche oder unbillige Art gedrückt halten, und wenn sie zugleich nachzuzeigen vermögen, daß sie die gesetzlichen und verfassungsmäßigen Wege, um bei den Staatsbehörden eine Abhülfe ihrer Beschwerden zu erlangen, vergeblich eingeschlagen haben.“

er habe in Folge eines Befehls seiner vorgesetzten Behörde gehandelt [81]), nur der Minister und die obersten Staatsbeamten sollen sich auf einen Befehl des Regenten nicht berufen können; und hierin liegt die Verantwortlichkeit des Ministers [82]).

2) „Ist es nicht ferner — so fährt der Ungenannte fort — äußerst inconsequent überhaupt noch von einer Verantwortlichkeit des Ministers zu sprechen, wenn man einmal angenommen hat, die Gerichte müßten unbedingt befolgen, was von diesem Minister contrasignirt ist, also natürlich auch seine eigne Indemnitätsbill respectiren." Wir erwiedern darauf: ist es nicht äußerst albern von der Verantwortlichkeit eines Justizministers zu sprechen, dessen Befehle und Verordnungen die Gerichte unbedingt nicht zu befolgen verpflichtet sind, und die sie nur auf eigene Verantwortlichkeit zu befolgen, verfassungsmäßig berechtigt sind, und dürfte in einem Lande, in welchem die Gerichte für die Constitutionalität der Anordnungen des Justizministers verantwortlich sind, diesen Gerichten, wenn sie die Anordnungen des Justizministers befolgt hätten, ein unpartheiisches Urtheil über die desfalsige Anklage gegen den Justizminister, zugetraut werden können?

Zachariä erklärt die Frage: ob den Gerichten das Recht zustehe, die von dem Fürsten erlassenen Verordnungen nur unter der Bedingung in Partheisachen anzuwenden, daß sie nach der Ueberzeugung des Gerichts das ihnen durch die Verfassungsurkunde angewiesene Gebiet nicht überschritten, als eine Frage, welche die Selbstständigkeit der Gerichte betreffe, oder auf irgend eine Weise berühre, und welche als Verfassungsfrage vorzugsweise in der constitutionellen Monarchie zu den Lebensfragen gehöre. Er bemerkt sodann in Bezug auf die Entscheidungsquellen für diese Frage:

81) V. U. Art. 109.

82) Sehr geistreich sind die Berichte Florets über diesen Gegenstand abgefaßt, in dessen oben angeführten Schrift.

„Wenn die Verfassungsurkunde oder ein mit Zustimmung der Kammer oder der Stände gegebenes Gesetz — welches Wort Zachariä stets in dieser, ihm gegebenen formellen Bedeutung gebraucht — vorschreibe, daß alle, oder daß gewisse Verordnungen der Regierung verpflichtend oder vollziehbar seyn sollen, wie auch ihr Inhalt beschaffen seyn möge, d. i. wenn auch die Regierung, indem sie diese Verordnung ohne Zustimmung der Kammern erließ, die Grenzen ihrer Gewalt, z. B. nach dem Ermessen der Gerichte, überschritten haben sollte, so seyen die Gerichte unbedingt verpflichtet, die unter einer solchen Vorschrift begriffenen Verordnungen in den ihrer Gerichtsbarkeit unterworfenen Sachen anzuwenden, bis daß sie, z. B. auf Antrag der Kammern, zurückgenommen worden seyen, oder kraft Gesetzes (ipso jure) [83]) ihre Kraft und Gültigkeit verloren haben. Der Richter, der eine Verordnung dieser Art im Sprechen nicht beachte, würde nicht der Verordnung, sondern dem Gesetze den Gehorsam verweigern. Das gemeine deutsche Recht, bemerkt er ferner, stehe mit unserer Aufgabe höchstens nur in einer mittelbaren Verbindung, und es bleibe also nur übrig, die Lösung der vorliegenden Aufgabe auf die rechtlichen Grundlagen derjenigen Verfassungen, in welchen sich die Aufgabe allein darbieten könne, also namentlich auf die Grundsätze des Verfassungsrechts der constitutionellen Monarchie zu bauen.“

In wiefern aus dem Grundsatze der Selbstständigkeit der Gerichte von Zachariä eine Entscheidung hergeleitet ist, wird weiter unten nachgewiesen werden. Hier ist über die zur Sprache gebrachten Entscheidungsquellen Folgendes zu bemerken:

Wenn Zachariä selbst bemerkt, „daß die Rechtsquelle, welche man von (vielleicht vor) allen andern zur Entschei-

---

83) Was hiermit eigentlich gesagt werden soll, verstehe ich nicht.

dung der vorliegenden Frage zu benutzen habe, das positive Recht eines jeden einzelnen Staates, in welchem diese Frage vorkommen könne und zur Sprache komme, sey;" so ist dieser Grundsatz ganz richtig. Das positive Recht eines jeden einzelnen Staates besteht aber wahrlich nicht blos in der Verfassungsurkunde und Gesetzen die mit Zustimmung der Landstände erlassen sind; und doch fährt Zachariä, zur näheren Bestimmung seines richtig ausgesprochenen Grundsatzes, so fort: „Ich will hiermit so viel sagen: u. s. w. — Gehorsam verweigern."

Um diese Ansicht Zachariä's gehörig zu würdigen, müssen einige allgemeinere Betrachtungen vorausgeschickt werden. Nach einer richtigen, dem Ursprunge der deutschen Verfassungsgesetze gemäßen, Theorie kann man nur davon ausgehen, daß die Verfassungsurkunde hauptsächlich den Zweck haben konnten, die Bestimmungen festzustellen, unter welchen das Staatsoberhaupt die in ihm vereinigten und vereinigt bleibenden sämmtlichen Rechte der Staatsgewalt auszuüben entschlossen sey. Durch die Verfassungsurkunden sollten die Functionen der Staatsgewalt nicht erst neu gelegt, es sollte nicht aus der nicht bestehenden Volkssouveränetät als einer ursprünglichen Machtvollkommenheit des Volks eine höchste Gewalt einem Monarchen übertragen werden; denn eine in einem Oberhaupte des Staats vereinigte gesammte Staatsgewalt war vorhanden, um Feststellung ihrer staatsrechtlichen Bedeutung und um den Umfang ihrer Machtvollkommenheit handelte es sich nicht, sondern nur darum, in wiefern diese in der Ausübung bestimmter Rechte sich an die Mitwirkung der Stände in Zukunft binden wollte. Demnach ist es von selbst klar, daß aus der Verfassungsurkunde nicht der Umfang und die Bedeutung der Staatsgewalt zunächst beurtheilt werden kann, sondern die desfallsigen Rechtssätze aus dem Staatsrechte, welches in dem einzelnen Lande vor der Verfassungsurkunde galt, abzuleiten, und nach dem Inhalte der

Verfassungsurkunde zu bestimmen sind [84]). Nach diesen Grundsätzen kann es bei Entscheidung der vorliegenden Frage nicht blos darauf ankommen, welche Bestimmungen die Verfassungsurkunde und Gesetze, die mit Zustimmung der Stände erlassen sind, darüber enthalten, und noch viel weniger allein darauf, ob durch solche die Verordnungen ausdrücklich für verpflichtend und vollziehbar erklärt sind, sondern eben so sehr auch darauf, wenn Verfassungsurkunden und spätere mit Zustimmung der Landstände erlassene Gesetze über unsere Frage gar keine Bestimmung enthalten, ob und welche Grundsätze über den Unterschied zwischen Gesetzen und Verordnungen vor der Verfassungsurkunde bestanden, in wiefern aus der Verfassungsurkunde nachgewiesen werden kann, daß der Fürst hierin Beschränkungen hat eintreten lassen, und ob durch die Verfassungsurkunde der Fürst insbesondere die Gerichte autorisirt hat, sich eine Competenz über die Gesetzgebung anzumaßen. Und bei allen diesen Untersuchungen darf man dann, bei Aufstellung des Resultats, niemals vergessen, daß bei octroyirten Verfassungen der Grundsatz gilt, daß der Fürst so wenig als möglich von seinen früher ausgeübten Rechten hat abtreten wollen [85]). Die Darstellung Zachariä's geht von der Voraussetzung aus, daß Verordnungen, welche ohne landständische Zustimmung erlassen sind, für die Gerichte unbedingt vollziehbar und verpflichtend nur durch die Verfassungsurkunde oder durch Gesetze, die mit landständischer Zustimmung gegeben seyen, während nach richtiger Theorie gerade umgekehrt davon ausgegangen werden muß, daß alle vorschriftsmäßig publicirte und promulgirte Verordnungen des Fürsten so lange verpflichtend und vollziehbar sind, als nicht die Verfassungsurkunde oder ein Gesetz ausdrücklich und un-

84) Beiträge zum constitutionellen teutschen Staatsrechte. Darmstadt 1833. Heft 1. S. 14 f.

85) v. Aretin Staatsrecht der constitut. Monarchie. B. 1. S. 159. Note 5. Beiträge zum constit. Staatsrechte. I. S. 15 f.

zweideutig das Gegentheil anordnen, oder die Verordnung nicht auf irgend eine Veranlassung, welche allerdings auch ein Antrag der Stände seyn kann, zurückgenommen ist. Schwerlich dürfte sich ein Fürst dazu verstehen, nach dem Vorschlage Zachariä's die Frage für die Praxis dadurch gänzlich zu beseitigen zu suchen, daß er der Regierung durch ein der ständischen Zustimmung zu unterlegendes Gesetz das Recht ertheilen ließe, eine jede Verordnung für unbedingt vollziehbar zu erklären. Denn dieses Recht kann der Fürst der Regierung ohne ständische Mitwirkung geben; wobei sich aber von selbst versteht, daß die Landstände über den Mißbrauch dieses Rechts Beschwerde zu führen, fortwährend befugt bleiben.

Indem Zachariä, um einen festen Boden zu haben, die Lösung unserer Frage auf die Grundsätze des Verfassungsrechts der constitutionellen Monarchie zu bauen versucht, ist er, nach unserer Ansicht auf ein Feld gerathen, auf welchem zur Zeit die Rechtswissenschaft noch keine große Aerndte gehalten hat. Wir wollen hier das Thema nicht weiter verfolgen, wie es in Deutschland viel eher angeht, von monarchischen Constitutionen als von constitutionellen Monarchieen zu reden, sondern uns auf die Bemerkung beschränken, daß es zur Zeit noch keine allgemeinen Grundsätze des Verfassungsrechts der s. g. constitutionellen Monarchie giebt. Wir beziehen uns für diese Behauptung auf v. Aretin, also auf denjenigen Publicisten, der, obwohl er das erste, und bis jetzt noch das einzige Staatsrecht der constitutionellen Monarchie geschrieben hat, dennoch zugesteht, daß das allgemeine constitutionelle Staatsrecht zur Zeit noch nicht angerufen werden könne, da diese Wissenschaft eben erst in der Ausbildung begriffen sey, und nicht, wie das allgemeine Staatsrecht, festgegründete Autoritäten nachweisen können [86]).

86) Die Frage: in wiefern die Wissenschaft ein s. g. constitutionelles

Bevor Zachariä sein Gebäude auf dem Boden des Verfassungsrechts der constitutionellen Monarchie aufzubauen beginnt, versucht er zu beweisen: daß wenn man von diesem Standpunkte ausgehe, man nicht glauben dürfe, daß die Frage schon durch das Wesen oder den Begriff der richterlichen Gewalt, als einer von der gesetzgebenden und von der vollziehenden, durch die Verfassungsformen geforderten Gewalt — und zwar gegen das Recht der Gerichte, über die Rechtsgültigkeit der von der Regierung erlassenen Verordnungen zu erkennen, entschieden werde. Wir sind damit einverstanden, daß von jenem Standpunkte aus, die Frage aus dem Wesen oder dem Begriffe der richterlichen Gewalt, nicht entschieden werden kann; aber aus andern Gründen, als Zachariä; nämlich aus dem Grunde, weil es von jenem Standpunkte aus, nimmermehr gelingen wird, Grundsätze aufzustellen. Nur darauf wollen wir hier schon aufmerksam machen, daß Zachariä im §. 13. seiner Abhandlung gerade aus jenem Gesichtspunkte die Frage zu lösen versucht, aus welchem er sie hier als unauflösbar dargestellt hat.

Zachariä erkennt nun zwar an, daß allerdings das Wesen der richterlichen Gewalt auch nach der Idee des Verfassungsrechts der constitutionellen Monarchie, so zu bestimmen ist, daß der Richter das, was nach den bestehenden Gesetzen oder Verordnungen Rechtens ist, auf Partheisachen anzuwenden habe. Aber zur Vollziehung dieses Auftrags habe der Richter eben sowohl die Frage, was Rechtens sey, als die Frage, welche Thatsachen im gegebenen Falle erwiesen oder nicht erwiesen seyn, sich vorzulegen, und beide Fragen zu beantworten. So wahr diese Behauptungen sind,

---

Staatsrecht kenne? ist in der teutschen Vaterlandszeitung von Pabst, Jahr 1833. N. 59. (abgedruckt in den Beitr. zum constitut. Staatsrecht. Heft 1.) mit besonderer Rücksicht auf Aretins Werk, untersucht.

so wenig richtig steht die fernere Behauptung: „Indem der Richter über die Rechtsgültigkeit einer Verordnung entscheidet, welche in den Fall einschlägt, urtheilt er keineswegs sine lege, stellt er sich keineswegs über den Gesetzgeber oder neben denselben. Sondern er entscheidet nur über die Thatsache, ob die Verordnung den Bedingungen entspreche, von welcher ihre Gültigkeit den bestehenden (also den positiven) Gesetzen nach abhängt. Er wirft sich also eben so wenig zum Gesetzgeber auf, als in dem Falle, da er unter mehreren in einem und demselben Gesetzbuche enthaltenen Vorschriften, die zur Entscheidung der Sache angewendet werden können, diejenige wählt, nach welchen die Sache zu entscheiden ist."

Dieser Begründung, welche ganz mit der eines Ungenannten [87]) übereinstimmt, liegt der Irrthum zum Grunde, daß landesherrliche Verordnungen rücksichtlich des Grundes der verbindlichen Kraft verschieden seyen von Gesetzen. Allerdings würde die Consequenz dazu führen, die Gerichte auch für befugt zu erklären, die Gültigkeit eines Gesetzes ihrer Beurtheilung zu unterwerfen, also z. B. die Wahlacten der Kammer zu durchgehen, um zu untersuchen, ob etwa unter der Majorität der Abgeordneten, welche für das Gesetz gestimmt haben, eine Anzahl solcher gewesen sey, deren Wahl und Votum nach den Vorschriften der Verfassung für nichtig erklärt werden müsse [88]), oder eine Untersuchung darüber anzustellen, ob das Gesetz nicht etwa eine Abänderung der Verfassungsurkunde enthalte, und wenn das Gericht dieser Meinung wäre, und die für einen solchen Fall etwa vorgeschriebenen Formen nicht eingehalten worden wären, das Gesetz für unverbindlich zu erklären. Denn auch hier müßte man alsdann sagen: der Richter entscheidet nur über die Thatsache,

87) In den Jahrbüchern der Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen. Herausgegeben von Adolph Martin. Neustadt 1831. Jahrg. 3. Heft 3. S. 265.

88) Beiträge zum constitut. Staatsrecht. Heft 2. S. 81.

ob das Gesetz den Bedingungen entspreche, von welchen seine Gültigkeit der bestehenden Verfassungsurkunde nach abhängt. Denn es ist noch viel mehr ein thatsächliches Verhältniß, ob die Wahlen gültig, oder die erforderliche Anzahl von Landtagsdeputirten bei der Abstimmung zugegen waren und zugestimmt haben, als ob der Gegenstand einer landesherrlichen Verfügung in das Bereich der s. g. Gesetze oder Verordnungen gehörte; und wer nach den Bestimmungen der Verfassungsurkunde zu beurtheilen versucht, ob die Wahlen gültig vorgenommen, ein Gesetz in der verfassungsmäßigen Form berathen und darüber abgestimmt ist, urtheilt gleichfalls keineswegs sine lege. In dieser Entgegnung scheint also nicht blos eine deductio ad absurdum zu liegen, sondern sie liegt in der That darin. Zachariä glaubt zwar, diese Einwendung sey wohl unter allen die unerheblichste. Wenn er aber für diese Ansicht anführt: „denn diese Entgegnung setze voraus, was nie und nirgends vorausgesetzt werden könne. Es liege in dem Wesen der constitutionellen Monarchie, daß eine jede Vorschrift, welche die Zustimmung der Kammern und die Sanction des Fürsten erhalten habe, schlechthin verpflichtend sey, sobald sie nur in dieser Eigenschaft auf die verfassungsmäßige Weise beglaubigt worden, und daß nur über die Thatsache dieser Beglaubigung die Gerichte zu erkennen berechtigt seyen"; so vermißt man überall die Begründung dieser Ansichten. Nirgend hat Zachariä oder sonst Jemand bewiesen, daß diese Behauptungen in dem Wesen der constitutionellen Monarchie ihre Begründung finden. Man kann wörtlich alles, was Zachariä für die Unzuständigkeit der Gerichte, die Gültigkeit eines Gesetzes ihrer Beurtheilung zu unterwerfen, anführt, auch für ihre Unzuständigkeit rücksichtlich der Beurtheilung der Verordnungen anführen, und schwerlich wird ein Unbefangener behaupten, daß man für Verordnungen dadurch weniger bewiesen habe, als Zachariä für Gesetze.

Daß der Richter, welcher von mehreren Vorschriften, welche zur Entscheidung einer Sache angewendet werden können, diejenige wählt, nach welcher die Sache zu entscheiden ist [89]), sich dadurch zu einem Gesetzgeber aufwerfe, ist unseres Wissens noch von Niemanden behauptet, und wir begreifen nicht, wie hieraus Zachariä ein Argument für seine Ansicht herleiten kann. Denn es ist etwas anderes, eine Vorschrift deshalb nicht anzuwenden, weil sie für diesen Fall nicht gegeben, also nicht die Vorschrift ist, unter welche das Factum subsummirt werden kann, und etwas anderes die Vorschrift deshalb nicht anwenden zu wollen, weil man sie überhaupt für nicht verbindlich erklärt [90]).

Nicht glücklicher im Beweisen als Zachariä ist das ungenannte Mitglied eines sächsischen Landes-Justizcollegiums. Dieser Anonymus sagt:

1) „Wenn eine Gesetzgebung die Form legal bestimmt hat, unter welcher allein ihr Wille als Gesetz angesehen werden soll, und sie erläßt nachher Verordnungen, die dieser gesetzlichen Form ermangeln, so würde der Richter, welcher dergleichen unförmliche Vorschriften zur Anwendung bringen wollte, offenbar ein ihn bereits bindendes Gesetz vernachlässigen." [91]).

Der Anonymus erkennt also an, daß Verordnungen auch Ausflüsse der Gesetzgebung sind. Da er nun auch anerkennt, daß der Richter der Gesetzgebung unterworfen sey, so muß er sich die Sache so denken: wenn eine Gesetzgebung zwischen Gesetz und Verordnung unterscheidet, und für Gesetze eine andere Form als für Verordnungen bestimmt hat, oder die Verschiedenheit der Form auf Observanz

89) Preuß. Allgem. Gerichtsordnung I. 13. §. 31. (das von Zachariä angeführte Landrecht enthält hierüber nichts.)

90) Vergl. oben S. . Note .

91) Jahrbücher der Gesetzg. a. a. O. S. 265.

beruht [92]), so hat der Richter nach der Form zu beurtheilen, ob die Gesetzgebung ein Gesetz oder eine Verordnung erlassen hat. Aber aus dieser Verschiedenheit der Form darf der Richter nicht die Befugniß ableiten, die eine oder die andere Art von Bestimmungen der Gesetzgebung unbefolgt zu lassen. Die Verordnung ist deshalb keine unförmliche Vorschrift, weil sie kein Gesetz, und das Gesetz ist keine unförmliche Vorschrift, weil es eine Verordnung ist, sondern jedes ist in seiner Art förmlich. Die zu dem Zwecke anzustellende Prüfung, ob eine Verfügung der Gesetzgebung Verordnung oder Gesetz sey, ist allerdings eine rein richterliche Thätigkeit, auch kann der Umstand, daß ein Gericht irrig ein Gesetz für eine Verordnung ansieht, nicht als Subordinationsfehler, sondern vielmehr als ein Irrthum angesehen werden; aber die Weigerung eines Gerichts, eine ihm vorgelegte Verordnung darum bei seinen Amtsverrichtungen anzuwenden, weil nach dem Ermessen des Gerichts die Vorschrift in Gesetzesform hätte erlassen werden sollen, ist mehr als Subordinationsfehler, und es ist die geringste Maßregel, welche angewendet werden kann, wenn die Regierung, welche vermöge ihres Aufsichtsrechts für Beobachtung der Vorschriften der Gesetzgebung zu sorgen hat [93]), dem Gerichte eine belehrende Weisung zugehen läßt. Aber keinem Bedenken kann es unterliegen, daß die Weigerung unter einen wirklich strafbaren Gesichtspunkt fallen, und die hieran sich knüpfenden Maßregeln zur Folge haben kann. Denn mit Recht bemerkte die Leipziger Spruchbehörde, daß ein Auflehnen der Einzelnen gegen ein einmal publicirtes Gesetz offenbar zur Anarchie, dem größten Uebel, das einen Staat treffen kann, führe.

---

92) Denn daß auch auf Observanz die Form beruhen könne, hat der Anonymus mit Bezug auf Mühlenbruch doctr. pand. Ed. 3. §. 40. und Jordan im Arch. f. civ. Prax. VIII. S. 236 f. selbst bemerkt.

93) Schmid Staatsrecht §. 49. Note †.

Zwar meint der sächsische Anonymus, Willkür und Anarchie würde einreißen, wenn man dem Richter gestatten wollte, nicht nach dem Gesetze, sondern nach seiner Laune zu entscheiden; aber darauf steht nur zu erwiedern, daß mit Jemanden, der noch nicht so weit gekommen ist, eine landesherrliche Verordnung von der Laune eines Richters zu unterscheiden, über rechtliche Verhältnisse gar nicht zu sprechen ist. Wenn dagegen Zachariä es für ein Leichtes hält, den Vorwurf der Leipziger Rechtsgelehrten zu widerlegen, so haben wir nur den Wunsch gehegt, daß er die Widerlegung wirklich erbracht hätte. Denn der Ausspruch: „Das ist nicht Anarchie, nicht Recht- oder Gesetzlosigkeit, wenn man der einen verfassungsmäßigen Gewalt statt der andern gehorcht", kann wahrlich für keine Widerlegung gelten. Der Grundsatz, so allgemein hingestellt, ist noch weit gefährlicher, als eine unrichtige Ansicht von dem Fragefall. Kann Zachariä denn beweisen, daß die Gewalt, welche Gesetze sanctionirt, promulgirt und publicirt, eine andere ist, als die, welche Verordnungen sanctionirt, promulgirt und publicirt? Und sollte es nicht das Leichteste in der Welt seyn, diese Entgegnung zu widerlegen, wenn man sie wörtlich nehmen wollte? Daraus, daß die von Zachariä vertheidigte Meinung den Sinn und Zweck hat, daß in denjenigen Fällen, in welchen die Regierung nach seiner Theorie nicht auf Gehorsam rechnen kann, die Gewalt der Regierung beschränkt seyn soll, daraus wird schwerlich Jemand die Ueberzeugung gewinnen, daß die Meinung eine richtige sey. Wenn Zachariä auf die Folgen partheyischer Verwaltung der Gerechtigkeit aufmerksam macht, so scheint er unbeachtet gelassen zu haben, daß die Leipziger Rechtsgelehrten eben so gut, als Zachariä, keine partheyische Administration der Gerechtigkeit vertheidigt haben. Würde man redlich streiten, wenn man die Ansicht derjenigen, zu welchen auch Zarariä gehört, mit Gründen bestreiten wollte, die gegen partheyische Justizadministration gerichtet wären? Gewiß nicht! denn so

wenig wir es hier mit der Laune eines Richters zu thun haben, so wenig auch mit seiner Partheilichkeit. Maximen einer griechischen Demokratie darf man endlich nicht geltend machen wollen, wenn man selbst ankündigt, auf dem Boden der constitutionellen Monarchie Grundsätze zu sammeln. Gerade die von Zachariä gerühmte Einrichtung der Athenienser, Jemanden für einen Gesetzesvorschlag, mit einer Geldstrafe selbst dann noch verantwortlich zu machen, wenn er vom Volke angenommen worden war, beweis't, welche Absurditäten eine Verfassung, nach welcher angeblich ein jeder einzelner Bürger auch mitregiert, herbeiführen kann. Eine schlechtere Münzanstalt als die auf Unfähigkeit der Regierung in einer Demokratie basirte, giebt es schwerlich. Es ist zu glauben, daß dieses das Aeußerste ist, was nur eine Demokratie leisten kann, aber man weiß auch, daß es das Aeußerste der Despotien war, aus angeblichen Verbrechen Geld zu prägen, und daß diese Münzanstalten in den glänzendsten Tagen der Despoten aufkamen. Für das Gericht der Heliasten haben wir in Staaten mit Repräsentativ-Verfassung bekanntlich ein Surrogat; aber verantwortlich ist nicht Jeder, der sich in Staatsangelegenheiten mischt, sondern nur die verantwortlichen Staatsdiener; aber eben deshalb muß in constitutionellen Staaten auch nicht jeder mitregieren wollen, und die verantwortlichen Minister müssen nur denjenigen verantwortlich seyn sollen, welchen sie es verfassungsmäßig sind. Erst dann, wenn es den Einzelnen und den Behörden frei stände, der einen verfassungsmäßigen Gewalt statt der andern zu gehorchen, würde nicht nach Gesetzen, sondern nach Laune gehandelt.

Nach Zachariä kann die Frage, welche den Hauptgegenstand unserer Untersuchung ausmacht, nur in constitutionellen Monarchieen vorkommen [94]. „Hauptauf-

94) Archiv a. a. O. §. 12. S. 168. 169.

gabe, welche die Verfassung der constitutionellen Monarchie zu lösen hat, ist nach ihm, den Staatsverein, so zu organisiren, daß von den eingesetzten Gewalten eine möglichst unpartheyische Regel des Rechts gefunden, und die gefundene Regel mit derselben Unpartheilichkeit in Vollziehung gesetzt werde" [95]).

„Grundidee dieser Verfassung ist die, die gegenseitigen Verhältnisse der Bürger auf eine dem Rechte möglichst entsprechende Weise zu bestimmen, und, damit ein jeder in seinem Rechte auf das vollkommenste geschützt werde, die öffentliche Macht in die Hände eines Erbfürsten zu legen. In dieser Grundidee mit andern monarchischen Verfassungen übereinstimmend, unterscheidet sie sich von dieser in der Art, wie sie diese Idee ausführt und zwar hauptsächlich in der Art, wie sie das, was Rechtens ist oder was Rechtens seyn soll, ausmittelt. Sie verfährt dabei so, daß die Vorschriften, welche die Regel des Rechts enthalten, theils damit, was den Willen Aller binden soll, von dem Willen Aller ausgehe, nur mit Zustimmung einer aus den Abgeordneten des Volks (d. i. des Inbegriffs der Staatsbürger) bestehenden Versammlung aufgestellt werden dürfen, theils, damit in diesen Vorschriften das Interesse der öffentlichen Macht gehörig beachtet werde, nur durch die Sanction des Fürsten verbindende Kraft erhalten" [96]).

Nachdem Zachariä hierauf ausgeführt hat, daß die Volksabgeordneten nicht von Rechtswegen befugt seyen, im Namen des Volks Recht zu sprechen und an der Gesetzgebung Theil zu nehmen, und bemerkt, daß sowohl der Satz: daß im Staate die Mehrheit der Stimmen entscheide, als der Satz: daß die Versammlung der Volksabgeordneten das Volk zu vertreten befugt sey, auf einem Nothstande oder

95) Archiv a. a. O. §. 1. S. 147.
96) Archiv a. a. O. S. 171.

Nothrechte beruhe, und daß es also eine bloße *fictio juris* sey, daß der Beschluß einer solchen Versammlung als der Beschluß eines jeden einzelnen Staatsbürgers zu betrachten sey, leitet er hieraus die Folgerung ab:

„daß diese *fictio juris* in allen Fällen ihre Gültigkeit, und mithin die Versammlung der Volksabgeordneten in den Fällen ihre repräsentative Eigenschaft verliere, in welchen es rechtlich unzulässig ist, einen Beschluß der Kammer als den Beschluß eines jeden einzelnen Staatsbürgers zu betrachten, d. i. in welcher der Beschluß die Entscheidung einer Partheisache (eines Streits über ein Recht, welches ein Bürger gegen den andern oder gegen die Staatscasse in Anspruch nimmt,) seyn würde.“

Hierauf bemerkt Zachariä ferner, daß zufolge der Eigenthümlichkeiten der constitutionellen Monarchie eine jede Rechtsregel, eine jede von dem Staatsherrscher ausgehende Vorschrift allgemeinen Inhalts, um bindend zu seyn, der Zustimmung der Kammer der Abgeordneten bedürfe; beweis't aber daneben, daß es unmöglich sey, dieser Forderung vollständig Genüge zu leisten, weshalb in jeder constitutionellen Monarchie dem Fürsten das Recht zustehen müsse, nicht blos Gesetze vorzulegen und zu bekräftigen, sondern auch Verordnungen zu erlassen.

Alles dieses hat Zachariä vorausgeschickt, um zur Beantwortung der Hauptfrage den Grund zu legen. Diese Hauptfrage stellt er nun dahin:

Was sind in der constitutionellen Monarchie die Gerichte? in welchem Verhältnisse stehen sie zu der gesetzgebenden Gewalt, theils überhaupt, theils inwiefern diese Gewalt von der Regierung ohne Zustimmung der Kammern (also durch Verordnungen) ausgeübt wird?

„Gerichte sind nach den Grundsätzen dieser Verfassung — so lös't nun Zachariä die Frage — diejenigen Staatsbehörden, einzelne Beamten oder Collegien, welche, von den für die Gesetzgebung bestehenden Auctoritäten verschieden und unabhängig, in Partheisachen rechtskräftig zu entscheiden befugt sind" [97]).

Das einzige Merkmal, wodurch sich Gerichte im Geiste dieser Verfassung von Gerichten überhaupt unterscheiden [98]), besteht, nach Zachariä, in der Verschiedenheit und Unabhängigkeit jener von den für die Gesetzgebung bestehenden Auctoritäten, und der Grund, auf welchem dieses Unterscheidungsmerkmal beruht, soll der seyn, daß die fictio juris, oder die praesumtio juris et de jure, kraft welcher Gesetze und ausnahmweise Verordnungen verpflichtend seyen — die Voraussetzung, daß sie den Willen aller Staatsbürger aussprechen — in dem Falle unzulässig sey, da zwei oder mehrere Partheien einen Rechtsstreit mit einander führen, ja daß den für die Gesetzgebung bestehenden Auctoritäten, wenn sie zugleich Recht sprechen wollten, sogar die entgegengesetzte Vermuthung im Wege stehen würde.

Wir haben die Darstellung Zachariä's deshalb vollständig, und fast wörtlich wiederholen zu müssen geglaubt, um durch Weglassung oder Umbildung einzelner Gedanken den Inhalt und die Schlußkraft nicht zu schwächen. Ohne der Deduction den Vorwurf metaphysischer Künstlichkeit ma-

97) In einer Note bemerkt Zachariä, daß er absichtlich den verfassungsmäßigen Begriff der Gerichte nur in Beziehung auf die gesetzgebende Gewalt bestimme.

98) In einer Note bemerkt Zachariä, man habe den verfassungsmäßigen Begriff der Gerichte von dem Begriffe der Gerichte zu unterscheiden, welcher auf der Eintheilung der Gewalten beruhe. — Es wäre der Verständlichkeit wegen erwünscht gewesen, zu erfahren, was unter Verfassungsmäßigkeit eines Begriffs der Herr Verfasser gemeint hat.

chen zu wollen, bemerken wir über die darin aufgestellten Grundsätze Folgendes:

Die Frage, welche den Gegenstand unserer Untersuchung ausmacht, kommt in constitutionellen Monarchieen nicht nothwendig vor [99], und in diesen auch nicht ausschließlich, sondern in jeder Staatsverfassung, in welcher die Gesetzgebung einen formellen Unterschied zwischen Gesetz und Verordnung in dem Sinne macht, in welchem die Frage zur Erörterung gebracht worden ist. Deshalb ist es schon von vornherein unrichtig, davon auszugehen, daß die Lösung der Frage nur auf die Grundsätze des Verfassungsrechts der constitutionellen Monarchie gebaut werden könne. Sie kann für eine einzelne constitutionelle Monarchie allerdings aus deren eigenthümlichen Grundsätzen gelös't werden, dann gilt die Lösung aber auch nur für diesen Staat, und ist nicht nothwendig allgemein gültig.

Was Zachariä als Hauptaufgabe der Verfassung der constitutionellen Monarchie darstellt, wäre, wenn es überhaupt bewiesen wäre, daß es Hauptaufgabe sey, wieder nicht blos Hauptaufgabe dieser, sondern einer jeden Staatsverfassung. Da Zachariä in der, in Rede stehenden, Abhandlung den desfallsigen Beweis nicht erbracht hat, so ist es hier auch der Ort nicht, in eine Prüfung der Frage einzugehen, ob Realisirung des Rechtsgesetzes die alleinige Hauptaufgabe der constitutionellen Monarchie, und ob es nur für diese Staatsverfassung die Hauptaufgabe sey.

In der Grundidee, die Zachariä als allen monarchischen Verfassungen gemeinschaftlich angiebt, gesteht er ja selbst indirect zu, daß auch die Hauptaufgabe allen gemeinschaftlich sey; denn man darf nur die von ihm aufgestellten Begriffe ansehen, um sich zu überzeugen, daß die Hauptaufgabe und die Grundidee entweder ein und

---

99) Z. B. nicht im Fürstenthum Lichtenstein.

dasselbe sind, oder sich jedenfalls als Mittel und Zweck zu einander verhalten.

Daß die Art, wie in der constitutionellen Monarchie die Grundidee ausgeführt wird, und wodurch jene Staatsverfassung sich allein von andern Monarchieen unterscheiden soll, auf einer Täuschung beruhen würde, wenn die Ansichten Zachariä's richtig wären, läßt sich leicht nachweisen. Denn wenn das Wesen der constitutionellen Monarchie darin besteht, daß nur das Rechtens ist, was dem Willen Aller entspricht, und wenn dann Zachariä selbst bemerkt, daß dieser Gesammtwille durch Abgeordnete ermittelt werde, daß aber diese Abgeordneten weder Rechtswegen befugt seyen, das Volk zu vertreten, noch durch Stimmenmehrheit zu entscheiden, und daß, wenn dieses dennoch geschehe, es blos auf einem Nothstande oder Nothrechte beruhe, und also die Annahme, daß der Beschluß einer solchen Versammlung der Beschluß des ganzen Volkes sey, auf einer Erdichtung beruhe, so liegt es auf flacher Hand, daß der ganze Unterschied, den Zachariä als den wesentlichen Unterschied zwischen constitutionellen und nicht constitutionellen Monarchieen aufstellt, eine fictio ist, oder daß es auf einer Unmöglichkeit [100])

---

100) Denn selbst in Democratieen, in welchen allein von einer Repräsentation der Allgemeinheit die Rede seyn könnte, gibt es, selbst dann, wenn das Volk in der Allgemeinheit, die sich nur denken läßt, an der Regierung Theil nimmt, doch in der That nur eine Familienrepräsentation, da Weiber, Kinder, Kranke, Geistes = und Altersschwache, also nach dem geringsten Kalkul zwei Drittheile keinen Antheil nehmen. Auch das scharfsinnige und bewegliche Völkchen der Athenienser hatte in den glänzendsten Tagen seiner Geschichte nach seiner Verfassung, welche das Aeußerste geleistet haben soll, was nur eine Democratie leisten kann, keine bessere Repräsentation. Nachdem Aristides die Solonische Verfassung dadurch verändert hatte, daß er Gleichheit der Rechte zum Grundsatz machte, war in Athen wie in andern Staaten, z. B. Sparta, Kreta, Karthago, Rom, in welchen die Bürger auch mitregierten,

beruht, das Recht auf die Art wirklich auszumitteln, auf welche es, wenn eine constitutionelle Monarchie sich von einer andern Monarchie wesentlich unterscheiden soll, nothwendig ausgemittelt werden müßte. Damit, daß man die Befugnisse der Volksvertreter aus einem Nothrechte zu erklären versucht, macht man die Sache um nichts besser, weil es factisch zwar ein Nothstand, aber vernünftig kein Nothrecht giebt. Um aber zu beweisen, daß die Rechte der Volksvertreter nur auf einer Fiction beruhen, braucht man kein Nothrecht zu Hülfe zu nehmen.

Die Ansicht, welche die fürstliche Sanction der Gesetze als ein bloßes Mittel hinstellt, die Interessen der öffentlichen Macht zu wahren, ist nicht recht verständlich, man sieht nicht recht ein, was damit gesagt werden soll; verrückt aber jedenfalls die richtige Ansicht über die gesetzgebende Gewalt im Staate, die auch in constitutionellen Monarchieen nur dem Staatsoberhaupte zusteht, wie dieses in Deutschland sich ganz von selbst versteht, und sowohl durch Bundesgesetze, als durch die neuen Staatsgrundgesetze gewahrt ist.

Aus der Folgerung, welche Zachariä aus der Ansicht, daß die Befugniß der Volksabgeordneten auf einer Fiction beruhen, richtig ableitet, läßt sich durchaus folgerichtig weiter ableiten, theils daß die Volksabgeordneten niemals befugt wären, in einem koncreten Falle sich ein Urtheil darüber anzumaßen, ob ein Staatsbürger Recht oder Unrecht habe, theils aber auch, daß, so oft es sich um die Anwenwendung eines unter Mitwirkung der Volksabgeordneten entstandenen Gesetzes handle, dieses Gesetz gegen Niemanden angewendet werden könnte, der in die Bestimmungen dieses Gesetzes niemals

---

die Allgemeinheit wahrlich nicht im Zustande bürgerlicher Freiheit, da nicht blos die Sclaven und Heloten, sondern auch die Bewohner der eroberten und vereinigten Städte, im Zustande der Abhängigkeit lebten. Darum waren selbst Athen, Sparta, Rom u. s. w. keine Freistaaten im heutigen Sinne.

eingewilligt hat, so daß solche Gesetze am Ende nur auf diejenigen Staatsbürger anwendbar seyn würden, welche als Volksabgeordnete ihre Zustimmung dazu gegeben haben.

Was bei einem Gegenstande unmöglich ist, kann ohne Widerspruch niemals für wesentlich ausgegeben werden. Wenn es daher, wie Zachariä selbst bemerkt, unmöglich ist, für jede von dem Staatsherrscher ausgehende Vorschrift allgemeinen Inhalts die Zustimmung der Kammer der Abgeordneten zu fordern, so kann die Zustimmung in diesem Umfange auch nicht eine Eigenthümlichkeit einer jeden Rechtsregel in einer constitutionellen Monarchie seyn. Solche Behauptungen steigern das Wesen der constitutionellen Monarchie zu einer Staatsverfassung, die niemals in der Wirklichkeit vorkommen könnte. Um die Unmöglichkeit der Forderung, daß zu jeder allgemeinen Rechtsregel die Zustimmung der Volksabgeordneten erforderlich sey, einleuchtend zu machen, stellt Zachariä selbst die Frage: „denn wo hört das Allgemeine auf, und wo fängt das Besondere an? mit andern Worten: wie weit kann und soll das Gesetz seine Vorschriften erstrecken? was ist dagegen der vollziehenden Gewalt zu überlassen?“ [101]

Wir gestehen gern ein, daß wir mit Hülfe der Grundsätze über die constitutionelle Monarchie, wie Zachariä

101) Es ist bemerkenswerth, daß Zachariä im §. 5. seiner Abhandlund sogar zu der Ansicht hinneigt, daß das, was von einer Art von Regierungshandlungen gelte, auch von der Gattung gelten müsse, weil sich zwischen einem Befehle allgemeinen Inhalts und zwischen einer Verfügung über einen einzelnen Fall eine bestimmte Scheidelinie nicht ziehen lasse! Wenn die Ansicht richtig wäre, so ließe sich auch nicht zwischen Gesetz und Richterspruch eine bestimmte Scheidelinie ziehen, und überhaupt nicht zwischen Gesetzen und Verordnungen, und Entscheidungen, welche durch Subsumtion eines Falles unter das Gesetz oder die Verordnung erfolgen. Daß eine Behauptuug, die zu solchen Consequenzen führt, auf argem Irrthum beruhen muß, leuchtet von selbst ein.

und Andere sie aufgestellt, eben so wenig wie er, die Fragen lösen können. Dagegen lösen sie sich leicht, wenn man davon ausgeht, daß der Monarch im constitutionellen Staate allein der Gesetzgeber ist, daß die Mitwirkung der Landstände nur aus dem von uns oben angedeuteten Gesichtspunkte betrachtet werden darf, und daß der Monarch bei der Ausübung der Staatsgewalt nur an diejenigen Bestimmungen gebunden ist, die er grundgesetzlich anerkannt hat, und nicht an jene, die ihm durch die sonderbarsten Theorieen aufgedrungen werden sollen.

Was heißt es aber, wenn Zachariä zugesteht: „daß dem constitutionellen Monarchen das Recht zustehe, nicht blos Gesetze vorzulegen, sondern auch Verordnungen zu machen“; aber den Gerichten die Befugniß zuspricht, es von ihrem Ermessen abhangen zu lassen, ob sie die Verordnungen für verpflichtend und vollziehbar anerkennen wollen oder nicht? Liegt es dann nicht im Begriff eines solchen Rechts, auch verlangen zu dürfen, daß es anerkannt werde? und besteht dann hier die Anerkennung in etwas Anderm, als darin, daß die betreffenden Behörden die Verordnung anwenden?

Der Begriff, welchen Zachariä von dem Gerichte in constitutionellen Monarchieen aufstellt, ist, insoweit er richtig ist, allgemein richtig, und paßt auf jedes Gericht.

Staatsbehörden, welche unabhängig in Partheisachen zu entscheiden befugt sind, sind alle Gerichte nach allen Staatsverfassungen. Nicht mehr und nicht weniger ist dem Begriffe nach wesentlich. Daß die Gerichte Beamte oder Collegien seyn müßten, welche von den für die Gesetzgebung bestehenden Auctoritäten verschieden seyen, ist nicht richtig. Diese Verschiedenheit kann seyn, ist aber nicht nothwendig, auch in constitutionellen Monarchieen nicht. Um dieses nachzuweisen, fragt sich zunächst: was sind für die Gesetzgebung bestehende Auctoritäten? Die gesetzgebende Gewalt im Staate ist nur Eine Gewalt, und auch in constitutionellen Monarchieen sind

die Landstände keine gesetzgebende Gewalt, keine gesetzgebende Auctorität. Der constitutionelle Monarch ist aber auch oberster Richter; er, der alle Staatsgewalten in sich vereinigt, hat auch die richterliche Gewalt. Versteht man aber unter gesetzgebenden Auctoritäten Behörden, welche mit Gesetzgebungsangelegenheiten im Auftrage des Fürsten sich beschäftigen, oder versteht man gar die Kammern, insofern sie eine verfassungsmäßige Mitwirkung haben, so sind diese Behörden und Kammern in dieser Eigenschaft freilich keine Gerichte, das fällt in die Begriffe; aber eben so wenig ist zu bezweifeln, daß es den Grundsätzen der constitutionellen Monarchie so wenig, wie überhaupt den Grundsätzen, selbst einer guten Staatsverfassung widerspricht, wenn eine Staatsbehörde verschiedene Functionen versieht, und es versteht sich dann von selbst, daß sie z. B. in der Eigenschaft als Gesetzgebungscommission nicht Richtersprüche, und in der Eigenschaft als Gericht keine Gesetzesentwürfe macht.

Daß im Begriffe Gericht nicht wesentlich die Befugniß, rechtskräftig zu entscheiden, liegt, folgt daraus, daß nach der Organisation des Instanzenzuges, einzelne Gerichte niemals, oder in bestimmten Fällen nicht rechtskräftig entscheiden können.

Der Grund, welchen Zachariä für die Verschiedenheit und Unabhängigkeit der Gerichte von den gesetzgebenden Auctoritäten anführt, besteht anders ausgedrückt darin: daß die Voraussetzungen für die Wirksamkeit verschieden seyn, allein daraus kann nur gefolgert werden, daß die Auctoritäten für die Gesetzgebung in dieser ihrer Eigenschaft nicht Gerichte seyn können. Unabhängigkeit der Gerichte war zu allen Zeiten fester Grundsatz; aber Verschiedenheit von andern Auctoritäten niemals. Die Gründe für die Unabhängigkeit liegen aber viel tiefer, als darin, daß die oft berührte Fiction für sie nicht gelte. Uns scheint es, daß gerade umgekehrt, wenn man von jener Fiction einen Gebrauch machen will, man mit

ihr noch ein unterstützendes Argument für die Unabhängigkeit aufstellen kann.

Der Grund, welchen Zachariä dafür anführt, daß die Volksabgeordneten nicht auch richterliche Functionen ausüben dürften, würde, wenn er richtig wäre, mit derselben Folgerichtigkeit auch beweisen, daß selbst die Gerichte richterliche Functionen nicht ausüben dürften; denn schwerlich kann man den Beschluß eines Gerichts, wodurch die eine Parthei den Proceß verliert, als den Beschluß dieser verlierenden Parthei ansehen. Meint aber Zachariä, daß eine solche Fiction bei Richtersprüchen nicht nothwendig sey, so nimmt er den Grund zurück, aus welchem richterliche Behörden so nothwendig von den s. g. für die Gesetzgebung bestehenden Auctoritäten verschieden seyn sollen. Auch ist aus den von Zachariä aufgestellten Grundsätzen ganz folgerichtig die Behauptung abzuleiten, daß die Gerichte nicht nach geschriebenen Gesetzen, am allerwenigsten aber nach solchen, die mit Zustimmung der Landstände erlassen sind, urtheilen dürfen. Sind nämlich die Gerichte deswegen von den für die Gesetzgebung bestehenden Auctoritäten verschiedene und unabhängige Staatsbehörden, weil man nicht annehmen darf, daß wenn ein Bürger einen Streit gegen einen andern Bürger hat, er den dafür zu fassenden Beschluß der Volksabgeordneten als eine Norm, in die er, der streitende Bürger selbst eingewilligt, anerkennen werde, so dürfen die Gerichte auch nicht in einem concreten Rechtsstreite dasjenige individualisiren, was die Volksabgeordneten allgemein beliebt haben, denn sonst würde ja der streitende Theil doch genöthigt, den Beschluß der Volksabgeordneten als Entscheidung in seiner Partheisache anzunehmen. Besonders interessant wäre es, zu erfahren, wie Zachariä in Consequenz mit den Grundsätzen seiner Abhandlung die richterliche Auctorität im Staate zu begründen vermag, woher er die Normen nehmen will, nach denen die Richter entscheiden sollen u. dergl. mehr.

Wird der Leser dieser Critik nicht die Frage aufwerfen, warum wir uns damit so ausführlich befaßt haben, da ja, wenn alle hier bestrittenen Grundsätze Zachariä's auch richtig wären, daraus für die zu entscheidende Hauptfrage nichts folgte? Wir gestehen, uns diese Bemerkung gleich anfangs selbst gemacht zu haben, und bis zum Augenblicke noch nicht einzusehen, wie aus Zachariä's Darstellung schlüssig die Folgerung abzuleiten wäre, die er daraus herleiten wollte, und die er auf S. 175 der Abhandlung feststellt.

Daß den Kammern das behauptete Recht zustehe, und daß sie Verordnungen, gegen welche sie Einwendungen zu machen im Stande wären, ausdrücklich oder stillschweigend genehmigen können, damit sind wir vollkommen einverstanden, eben so, daß sie gegen Verordnungen Einwendungen wirklich machen, und sich zur Entkräftung derselben der verfassungsmäßigen Mittel, z. B. der Beschwerdeführung bedienen dürfen; aber wir sehen nicht ein, wie aus der Darstellung Zachariä's gefolgert werden kann, daß in diesen Fällen den Gerichten das für sie in Anspruch genommene Recht zustehe. Wir brauchen die Folgerichtigkeit dieser Behauptung nur ins Leugnen zu setzen, da sie von Zachariä mit nichts bewiesen, also auch nicht zu widerlegen ist.

Unrichtig ist auch die Ansicht, daß durch die Beschlüsse der Kammern die Rechtsgültigkeit der Verordnung abhange. Diese Beschlüsse können die Veranlassung werden, daß über die Rechtsgültigkeit auf verfassungsmäßigem Wege Prüfung und Entscheidung eingeleitet wird; aber bis diese erfolgt, oder die Verordnungen nicht vom Fürsten zurückgenommen sind, bleiben sie eben so rechtsgültig als Gesetze, welche mit ständischer Zustimmung erlassen sind. Wenn es aus Veranlassung der Einwendungen der Kammern zur Zurücknahme einer Verordnung kommen sollte, so hat die Zurücknahme nicht unbedingt auch die Folge, daß auch für die Vergangenheit die Verordnung als nicht rechtsgültig betrachtet

werden müßte, sondern es hängt in dieser Beziehung die Entscheidung von Umständen ab. Einwendungen der Kammern können die Zurücknahme veranlaßt, aber nicht als rechtsnothwendig begründet haben; dann wirkt die Zurücknahme auf die Vergangenheit begreiflich gar nicht. War die Zurücknahme wirklich rechtsnothwendige Folge solcher Einwendungen, so kann sie dennoch insoweit nicht für die Vergangenheit wirken, als darauf Entscheidungen gebaut sind, wodurch rechtskräftig Rechtsverhältnisse geordnet, und Dritten Rechte erwachsen sind. In andern Beziehungen kann aber die Zunücknahme nothwendig auf die Vergangenheit wirken. Inwiefern für die Fälle, wo eine Zurückwirkung der Zurücknahme für die Vergangenheit einen Anspruch auf Schadensersatz zu begründen vermag, das ist allerdings Gegenstand richterlicher Entscheidung.

Selbst dann, wenn in Folge der Einwendungen der Kammern es zu einer verfassungsmäßigen Entscheidung über die Rechtsgültigkeit der Verordnung kommt, und die competente Behörde dahin entscheidet, daß die Verordnung nicht hätte erlassen werden können, so wird auch hierdurch die Verordnung noch nicht wirkungslos; sondern dazu ist ausdrückliche Zurücknahme des Fürsten erforderlich. Deshalb hat die entscheidende Behörde auch nicht auszusprechen: daß die Verordnung unverbindlich, oder unvollziehbar sey; sondern nur: ob die Norm zu einer Mitwirkung der Volksvertreter sich eigne.

Sehr richtig stellt sich nach dem seither Ausgeführten der Entscheidungsgrund zum Urtheil des Leipziger Schöppenstuhls heraus, welcher lautete: „Die Cognition, ob ein neues Gesetz verfassungsmäßig sey, oder nicht, gebührt der richterlichen Behörde nicht mehr, sobald das Gesetz in der Form Rechtens publicirt ist, und wären dadurch, daß vor Emanation des Gesetzes die Landstände deshalb nicht gehört worden, die Befugnisse der letztern beeinträchtiget; so würde der Natur der Sache nach, nur den Land-

ständen das Recht zustehen, die Zurücknahme eines so erlassenen Gesetzes und die Wiederherstellung der dadurch verletzten Privatinteressen zu urgiren" [102]). Ein Ungenannter hat zwar dagegen eingewendet, daß der Richter, welcher die Verfassungsmäßigkeit einer Verordnung beurtheile, nicht als der Vertheidiger Dritter (der Landstände), sondern nur in seiner eignen Sphäre auftrete. Ihm, dem Richter als solchen müsse es ja ganz gleichgültig seyn, ob eine ständische Verfassung existire oder nicht, er vertheidige nicht ständische Rechte, sondern er übe nur die Pflicht aus, Gesetze, unter diesen aber auch dasjenige, welches die Kennzeichen jedes Gesetzes vorschreibe, so lange in Anwendung zu bringen, so lange sie auf gesetzlichem Wege nicht aufgehoben seyen [103]). Allein dieser Ungenannte hat übersehen, daß eine Verordnung als solche die Gerichte nicht weniger verbindet, als Gesetze, und daß also der Richter in seiner Sphäre das Herkommen, die Verordnung oder das Gesetz, welche die Kennzeichen der Verordnung bestimmen, eben so gut zur Anwendung zu bringen hat, als das Gesetz, welches die Kennzeichen der Gesetze vorschreibt, und eben deshalb, weil es dem Richter gleichgültig seyn muß, ob die Stände existiren oder nicht, und weil er als deren Vertheidiger nicht auftreten darf, hat er auch nicht zu untersuchen, ob deren Mitwirkung nothwendig gewesen, ob deren Rechte verletzt seyen; sondern nur, ob diejenige Autorität, zu der er als Richter allein in Relation steht, und die ihm Vorschriften auf eigene Verantwortlichkeit zu ertheilen befugt ist, solche ertheilt hat.

---

102) Martins Jahrbücher. Jahrgang I. v. 1828. Heft 3. S. 320.
103) Martins Jahrb. Jahrgang 3. v. 3. 1830. Heft 3. S. 266.

(Beschluß folgt.)